



Universitat de Lleida
Facultat de Dret i Economia

TREBALL FI DE GRAU

MEMÒRIA FINAL

GRAU EN DRET

CURS 2014-2015

Las garantías autónomas a primera demanda

Autor/a: Ricard Serrano Barqué

Tutor/a: Prof. Dr. Antoni Vaquer Aloy

Data: 19/06/2015

ÍNDICE

ABSTRACT	4
PALABRAS CLAVE	4
INTRODUCCIÓN	4
 CAPÍTULO I – El nacimiento de las garantías autónomas y su admisión en el Derecho español	6
1. Antecedentes históricos	6
1.1 El crédito documentario y las cartas de crédito contingente como predecesores de las garantías autónomas o independientes	8
1.2 La nueva <i>lex mercatoria</i>	10
1.3 La función económica de las garantías autónomas	12
1.3.1 La ineficacia del contrato de fianza para asegurar el pago de la garantía	12
1.3.2 La necesidad de dotar de una mayor seguridad jurídica a la fianza típica	13
2. La admisión de las garantías autónomas en el ordenamiento español	17
 CAPÍTULO II – Concepto, características y estructura de la garantía autónoma a primera demanda	24
1. Concepto y caracteres de la garantía autónoma a primera demanda a la luz de la doctrina y la jurisprudencia españolas	24
2. Las definiciones acogidas en los textos internacionales y europeos. ¿Hacia un concepto unitario de garantía independiente?	29
3. Clases de garantías a primera demanda	31
3.1 Según la forma de reclamación	31
3.2 Según el objeto de la garantía	32

4. Estructura. Concurrencia de la estructura obligacional triangular propia de toda relación de garantía	32
 CAPÍTULO III – Naturaleza de las garantías autónomas	36
 1. El carácter indemnizatorio de la obligación del garante	36
2. El significado de la inclusión de la cláusula de pago «a primera demanda»	37
3. Atipicidad	41
3.1 Reconocimiento normativo	42
4. ¿Unilateralidad?	45
5. No derogación de la subsidiariedad	48
5.1 El valor del pacto de solidaridad	54
6. Falta (relativa) de accesoriedad	56
 CAPÍTULO IV - Los límites a la falta de accesoriedad. La oposición a la ejecución de la garantía	60
 1. La protección de los intereses del deudor ante reclamaciones indebidas: la <i>exceptio doli</i>	61
2. La excepción de nulidad del contrato subyacente por violación grave del orden público o de la moral	63
3. Las excepciones basadas en el contrato de garantía	64
 CAPÍTULO V - La cesión de la garantía	65
 CONCLUSIONES	67
 BIBLIOGRAFIA	70
 JURISPRUDENCIA	76
 ANEXOS	79

ABSTRACT

La utilización de las garantías autónomas o independientes por parte de entidades bancarias y aseguradoras como alternativa a la fianza clásica es un fenómeno relativamente nuevo, que en nuestro país se intensificó a partir de mediados de los años ochenta y principios de los noventa. En la actualidad, son varios los ejemplos que pueden encontrarse en el Derecho positivo español en los que se hace referencia a garantías personales que comparten una serie de requisitos entre los que destaca la solidaridad, la fórmula de pago a primer requerimiento y la inoponibilidad de excepciones derivadas del contrato principal. Sin embargo, todavía no existe una regulación legal específica de la garantía autónoma a primera demanda, circunstancia que se ha visto atenuada por la presencia de instrumentos de *soft law* y, en particular, por la general aceptación entre los comerciantes de las Reglas uniformes relativas a las garantías a primera demanda, que han recibido un nuevo empuje a raíz de la revisión del año 2010.

PALABRAS CLAVE

Garantía a primera demanda, garantía autónoma, garantías independientes, inoponibilidad de excepciones, relación de valuta, *exceptio doli*, cesión de la garantía.

INTRODUCCIÓN

La garantía autónoma a primera demanda es una modalidad de garantía personal que se caracteriza, en oposición al régimen legal de la fianza clásica, por la atenuación de la nota de accesoriedad, que se traduce en el hecho de que la obligación de pago del garante –normalmente un banco o una entidad aseguradora– está esencialmente desligada del contrato principal, de modo que en la mayoría de los casos bastará la simple reclamación escrita del beneficiario para que pueda llevarse a cabo la ejecución de la garantía, siendo posible también que las partes del contrato establezcan condiciones documentarias adicionales para asegurar el buen funcionamiento de la operación.

La configuración convencional de estas garantías suele pasar por la inclusión de las cláusulas de pago a primer requerimiento y de renuncia por parte del garante a oponer las excepciones derivadas de la relación subyacente o de valuta que el deudor principal hubiese podido oponer al acreedor¹.

La automaticidad en el pago y la rápida satisfacción del interés del acreedor que posibilita la garantía a primera demanda, así como su capacidad para asegurar riesgos atípicos la convierten en un instrumento de gran utilidad en las operaciones comerciales internacionales, que normalmente revisten un carácter complejo. Asimismo, en el ámbito interno los cambios legislativos de los últimos años evidencian una progresiva utilización de garantías personales «pagaderas a primer requerimiento», y en particular, de los avales y seguros de caución a primer requerimiento²; pese a ello, nuestro derecho todavía no contiene una regulación de las garantías autónomas a primera demanda.

El presente trabajo, cuyo objetivo es realizar una aproximación al estudio de las garantías autónomas a primer requerimiento, se estructura en cuatro capítulos. En el capítulo primero se intenta una explicación del origen de estas garantías, en la que se incluyen referencias obligadas a figuras afines como el crédito documentario y las cartas de crédito contingente o *standby-letters of credit*. El capítulo segundo pretende ofrecer una conceptualización de las garantías autónomas a la luz de la doctrina española y de los textos internacionales, así como un estudio sintético de sus clasificaciones y de la estructura triangular del contrato. El capítulo tercero está centrado en analizar la naturaleza jurídica de la garantía autónoma. En el capítulo cuarto se analiza una de las cuestiones más controvertidas de la figura, como es la relativa a los límites a la falta de accesoriedad, esto es, los mecanismos de defensa de los que dispone el garante para oponerse a la reclamación del beneficiario de la garantía. El capítulo quinto está dedicado a tratar la cesión de la garantía.

¹ M.M. BUSTILLO SAIZ, *Sobre la atipicidad de las garantías a primera demanda y del seguro de caución*, Comares, Granada, 2014, p. 1.

² Entre otros, puede verse la D. A. 1ª Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados (TRLOSSP), y art. 97.1 Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP). Véase *infra*, pp. 29-31.

CUERPO DEL TRABAJO

CAPÍTULO I – El nacimiento de las garantías autónomas y su admisión en el Derecho español.

1. Antecedentes históricos

El origen de las garantías autónomas a primera demanda, también conocidas como garantías independientes, autónomas o no accesorias³, se encuentra en la doctrina alemana de finales del siglo XIX, y en particular, en la obra de Rudolf STAMMLER, quien ideó la figura del *Garantievertrag*, que suponía una variación sobre el esquema histórico de la fianza⁴. Este tipo contractual, en sus inicios, se aplicaría únicamente en la contratación interna alemana. Sin embargo, su funcionamiento y configuración lo hacían especialmente apto para su uso en el comercio internacional.

Precisamente es la creciente complejidad de las transacciones internacionales, unida a la carestía de una garantía funcional y ágil en su realización que pudiera hacer frente a las nuevas exigencias del comercio internacional⁵, lo que justifica la aparición de las garantías independientes⁶. El intercambio de bienes y servicios ha estado presente en la historia de la humanidad desde el origen de los tiempos, con las consecuencias que ello conlleva (diversidad de ordenamientos y jurisdicciones, necesidad de articular mecanismos de garantía del cumplimiento de las prestaciones objeto del contrato, etc.). En un primer momento, las transacciones internacionales tenían cortos períodos de ejecución o eran de ejecución instantánea (*self-liquidating*⁷), y normalmente se basaban

³ M.C. NÚÑEZ ZORRILLA, *La problemática actual de las denominadas garantías independientes o autónomas*, Marcial Pons, Madrid, 2001, pp. 15 y ss.

⁴ R. STAMMLER, «Der Garantievertrag», *Archiv für die Civilistische Praxis*, 1886, pp. 1-141, citado por F. INFANTE RUIZ / D. DE MIGUEL HERNANDO, «Los contratos de garantía a primer requerimiento», M. YZQUIERDO TOLSADA (dir.), *Contratos. Civiles, Mercantiles, Públicos, Laborales e Internacionales, con sus implicaciones tributarias. Tomo IX. Contratos de financiación y de garantía*, p. 376.

⁵ Uno de los motivos por los cuales se empezó a buscar mecanismos de aseguramiento distintos a la fianza fueron las dificultades que sufría el acreedor internacional para asegurarse el pago. Estas dificultades se debían, en esencia, al régimen de oposición de excepciones propio de la fianza, que permitía al garante denegar el pago al beneficiario de la garantía (el acreedor) con base en las excepciones derivadas del contrato principal. Vid. J. SAN JUAN CRUCELAEGUI, *Garantías a primera demanda: contratación internacional e interna*, Madrid, 2004, pp. 65, 66, 74 y 78.

⁶ S. S. ESCRIBANO, «La garantía a primera demanda», *Cuadernos de Estudios Empresariales*, núm. 9, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, 1999, pp. 281-297; el texto se encuentra accesible en <http://revistas.ucm.es/index.php/CESE/article/view/CESE9999110281A/10225>.

⁷ J. SAN JUAN CRUCELAEGUI, *Garantías a primera demanda...*, p. 62.

en contratos de compraventa de materias primas y suministros. Sin embargo, después de la Segunda Guerra Mundial las transacciones internacionales se vuelven más complejas, y se amplían tanto las modalidades contractuales utilizadas como los períodos de ejecución⁸, lo cual supone un incremento de los riesgos para el acreedor internacional (que se identifica normalmente con el vendedor exportador)⁹.

Otro fenómeno histórico que contribuyó a la proliferación de las garantías independientes fue el crecimiento económico de los países de Oriente Medio. En la década de los 70, se produce un retroceso en el crecimiento económico de las potencias occidentales, lo cual unido a la crisis del petróleo facilita que los países del Golfo Pérsico aumenten sus ingresos financieros y hagan valer su posición dominante como grandes exportadores de petróleo¹⁰. Se produce entonces un cambio en la situación del mercado económico, que se convierte en un *buyer's market* en el que los países árabes emergentes, gracias a la liquidez de tesorería obtenida a través de la explotación del petróleo, asumen el papel de compradores y empiezan a contratar con empresas occidentales para la puesta en marcha de grandes proyectos de industrialización¹¹. Como consecuencia de la exigencia de los primeros de que las empresas asegurasen la correcta ejecución de los proyectos, se generaliza la emisión de garantías independientes, una figura que, con un funcionamiento más ágil que aquel de la fianza y el crédito documentario, suponía un aseguramiento más eficaz y sencillo de los riesgos inherentes a las transacciones comerciales internacionales, a la vez que equilibraba la posición de las partes contratantes¹². La preferencia por las garantías independientes resultó favorecida, asimismo, por los pronunciamientos judiciales acaecidos con motivo

⁸ En particular, proliferan los contratos de ejecución de obra y de ingeniería civil. Vid. J. SAN JUAN CRUCELAEGUI, *Garantías a primera demanda...*, pp. 67-70 y 82; A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «Los contratos de construcción «llave en mano»», *CDT (Cuadernos de Derecho Transnacional)*, vol. 6, núm. 1, 2014, pp. 161-235; el texto se encuentra accesible en <http://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/viewFile/1915/908>.

⁹ J. SAN JUAN CRUCELAEGUI, *Garantías a primera demanda...*, pp. 62 y ss.

¹⁰ Especialmente relevante en este sentido resultan las decisiones de la OPEP en la década de los 70, tales como el embargo de los envíos petrolíferos hacia Estados Unidos y sus aliados europeos, y la decisión de aumentar los precios de venta del crudo.

¹¹ L.F. CARRILLO POZO, *Las garantías autónomas en el comercio internacional*, Bolonia, 2000, pp. 27 y ss.; J. SAN JUAN CRUCELAEGUI, *Garantías a primera demanda...*, pp. 47, 61 y 81; M.M. BUSTILLO SAIZ, *Sobre la atipicidad de las garantías a primera demanda...*, p. 7.

¹² Hasta ese momento, los exportadores eran quienes recibían una mayor protección por parte de los ordenamientos jurídicos internos, y quienes por tanto ostentaban una posición de dominio sobre los importadores, que empezaron a exigir una mayor protección consistente en una promesa de pago independiente, que asegure el cumplimiento de la ejecución de la obra. Vid. J. SAN JUAN CRUCELAEGUI, *Garantías a primera demanda...*, pp. 83-84;

de los problemas de pago derivados de la revolución iraní de 1979 y la posterior guerra entre Irán e Irak¹³.

1.1 El crédito documentario y las cartas de crédito contingente como predecesores de las garantías autónomas o independientes.

La figura de las garantías autónomas o independientes recibió mayor aceptación en los sistemas de *common law* que en aquellos de inspiración romana, probablemente por la similitud de las garantías independientes con el *contract of indemnity*¹⁴ y los créditos documentarios¹⁵. Los bancos americanos, que por otra parte estaban afectados por una norma bancaria que prohibía a las instituciones crediticias garantizar obligaciones de terceros¹⁶, fueron los primeros en emitir garantías independientes, bajo la forma de créditos documentarios irrevocables, esto es, cartas de crédito en espera (*stand-by letters of credit*) o, como más se conocen en nuestro país, cartas de crédito contingente¹⁷. La validez de las garantías independientes también fue admitida por la

¹³ A. JAMES CASNER, «Letters of Credit: Iranian Cases and the Need to Adapt Letters of Credit to Their Proposed Uses», *Boston College Third World Law Journal*, Volume 4, Issue 2, Article 5, 1984; se encuentra accessible en <http://lawdigitalcommons.bc.edu/twlj/vol4/iss2/5/>

¹⁴ A. G. GUEST (General Editor), *Chitty on Contracts. Specific contracts*, vol. II., The Common Law Library, Number 2, 27ª ed., London Sweet & Maxwell, London, 1994, p. 1309 (sección 42-007), diferencia el contrato de garantía del *contract of indemnity* afirmando que en el primero el garante (*surety*) asume una responsabilidad secundaria de responder por el deudor, que permanece como responsable primario, mientras que en el segundo caso el garante asume una responsabilidad primaria, ya sea de forma exclusiva o conjunta con el principal deudor.

¹⁵ J. SAN JUAN CRUCELAEGUI, *Garantías a primera demanda...*, p. 85, 101-107; M. SÁNCHEZ GARCÍA / J. QUICANO RODRÍGUEZ, «Las excepciones del garante frente al beneficiario en la garantía autónoma del derecho español», *RAI (Revista Análisis Internacional)*, núm. 3, 2011, p. 213.

¹⁶ Act for the Protection of the Bank Depositors 1870, contenida en el dossier de documentación del Coloquio de Tours, *Compte Rendu* sobre el Colloque de Tours, “Les problèmes du long terme” en *DPCI*, 1979, pp. 141-171, citado por J. SAN JUAN CRUCELAEGUI, *Garantías a primera demanda...*, p. 101.

¹⁷ J. SAN JUAN CRUCELAEGUI, *Garantías a primera demanda...*, pp. 47 y 85, sostiene que si bien parece que el uso de las *stand-by letters of credit* (el equivalente norteamericano a las garantías independientes europeas, en palabras del autor) se produjo inicialmente en los mercados internos de los EEUU a lo largo de la década de los sesenta, su utilización generalizada en las relaciones internacionales tuvo su comienzo en la década de los setenta. Sobre la naturaleza de los créditos documentarios *stand-by*, según la denominación utilizada por el propio autor, vid. J. SAN JUAN CRUCELAEGUI, p. 80.

jurisprudencia británica de los años setenta¹⁸, aunque algunos pronunciamientos judiciales situan la aparición de la figura en momentos anteriores¹⁹.

A raíz de la proliferación de las garantías independientes, el esquema habitual entre el importador comprador y el exportador vendedor varió para incluir en la operación a un tercer actor, una entidad financiera de solvencia indiscutible y de carácter neutral, aceptada por ambas partes, que no sería parte en el contrato principal o subyacente. La idea, en todo caso, es que el banco o entidad aseguradora no debía ser el árbitro de la operación principal²⁰.

La intervención bancaria en las operaciones de comercio internacional no era nueva. Sin embargo, si inicialmente dichas intervenciones consistían en exclusiva en medios de pago de la obligación del importador y entronizaban el desequilibrio en favor del exportador, progresivamente las entidades financieras adoptaron el papel de garantes no solo del riesgo de incumplimiento de pago por parte del comprador, sino también de la ejecución del contrato principal por parte del vendedor²¹. Así, se introdujo un nuevo instrumento, la carta de crédito documentaria o crédito documentario²², que substituyó en la práctica a otros mecanismos como la letra de cambio y la aceptación bancaria y que tenía como finalidad garantizar al beneficiario el pago contra la entrega de los documentos acordados por las partes de la garantía, limitando de este modo las

¹⁸ Siendo especialmente relevantes los casos de *Edward Owen Engineering Ltd. vs. Barclays Bank International Ltd.* (CA 3 WLR 764 [1978] 1 Lloyd's Report, 166 [1978] 1 QB 159 [1978] 1 All ER 976) referenciados por J. SAN JUAN CRUCELAEGUI, *Garantías a primera demanda...*, p. 85; A. MUGASHA, *The Law of Letters of Credit and Bank Guarantees*, The Federation Press, Sidney, 2003, p. 79. Un resumen de los hechos se encuentra accesible en <http://www.atkinson-law.com/library/article.php?id=126>.

¹⁹ LORD DENNING, reputado juez inglés que ocupó el cargo de Master of the Rolls en la Court of Appeal entre 1962 y 1982, analizó la figura de los *performance bonds* en varias ocasiones, configurándola en 1977 como una «*new creature*», y estableció las similitudes con las *letters of credit* en *Hamzah Malas and Sons vs British Imex Industries Ltd.* [1958] 1 AER 262. Vid. <http://graphic.com.gh/business/business-news/41018-the-legal-effect-of-guarantee-bonds.html>. Véase también *Sinason-Teicher Inter American Gran Corporation vs. Oilseeds and Oilseeds Trading Co Ltd.* [1954], 1 WLR 935, citado por J. SAN JUAN CRUCELAEGUI, *Garantías a primera demanda...*, p. 85.

²⁰ J. SAN JUAN CRUCELAEGUI, *Garantías a primera demanda...*, p. 64.

²¹ J. SAN JUAN CRUCELAEGUI, *Garantías a primera demanda...*, p. 62 y ss. Según el autor, en 1850 tuvieron lugar las primeras intervenciones bancarias en Inglaterra, que en esos momentos era un país importador de materias primas y de productos agrícolas.

²² Sobre la naturaleza de esta figura, vid. J.M. BUSTO LAGO, *Las garantías personales atípicas...*, pp. 108-109, quien la conceptúa como un medio de pago emitido por el banco del comprador a favor del vendedor.

facultades del banco para analizar las vicisitudes de la relación subyacente o de valuta²³. El planteamiento consistía en condicionar el pago de forma cuasi exclusiva a la presentación de los documentos justificativos del incumplimiento, de modo que una vez examinados los documentos por el banco, si estos se correspondían con lo pactado en el texto de la garantía, el banco debía pagar, mientras que si no se correspondían con los términos pactados, el banco no debía efectuar el pago²⁴. Lo que se pretendía, por un lado, era evitar que el banco tuviese que examinar el desarrollo real de la operación –lo cual causaba un retraso en la realización del pago en contra de los intereses del beneficiario–, y, por otro, garantizar al banco su derecho a ser reembolsado por el ordenante de la garantía²⁵.

1.2 La nueva *lex mercatoria*

El éxito del crédito documentario, que protegía de forma más equilibrada los intereses tanto del exportador como del importador y de la entidad bancaria, motivó la aprobación por la Cámara de Comercio Internacional (en adelante, CCI) de la primera versión de las Reglas y Usos Uniformes relativos al crédito documentario (RUU; en inglés, UCP)²⁶. Pese a ello, el crédito documentario no consiguió adaptarse a las operaciones internacionales de larga ejecución, lo cual provocaría una importante revisión de las RUU en 1983²⁷, en virtud de la cual se incluyeron dos nuevas modalidades: el crédito documentario con pago diferido y la carta de crédito stand-by o *stand-by letter of credit*. Esta última modalidad, originaria de los Estados Unidos, constituye según SAN JUAN CRUCELAEGUI uno de los orígenes de las garantías independientes europeas²⁸. Dicha afirmación parece lógica toda vez que ambas figuras son tratadas de forma unitaria en la Convención de las Naciones Unidas de Nueva York, de 11 de diciembre de 1995, para

²³ J. SAN JUAN CRUCELAEGUI, *Garantías a primera demanda...*, p. 63-64.

²⁴ M. KELLY-LOUW, *Selective Legal Aspects of Bank Demand Guarantees*, revisado por el Prof. J. T. Pretorius, University of South Africa, 2008, p. 7.

²⁵ J. SAN JUAN CRUCELAEGUI, *Garantías a primera demanda...*, p. 64.

²⁶ Esta primera versión fue redactada por la Comisión de la letra de cambio y cheque de la CCI, y fue aprobada en el Congreso de Ámsterdam de 1929. Vid. W. CADENA AFANADOR / G. CUBILLOS GUZMÁN, «El crédito documentario como fenómeno de la internacionalización del derecho bancario: aproximación conceptual y normativa», *Revista Diálogos de Saberes*, núm. 25, Bogotá, 2006, pp. 164-165.

²⁷ La versión de 1983, conocida como publicación CCI núm. 400, se encuentra accesible en francés en <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V84/836/48/PDF/V8483648.pdf?OpenElement>. En 1993 la CCI aprobó una nueva revisión de las RUU, publicación núm. 500, a la que siguieron las publicaciones núm. 515 y 516, que contenían, respectivamente, una guía para las operaciones con créditos documentarios y un listado de modelos para la utilización de los créditos documentarios.

²⁸ J. SAN JUAN CRUCELAEGUI, *Garantías a primera demanda...*, pp. 84-85.

la regulación de las garantías independientes²⁹. Tanto las RUU, en su nueva versión aprobada por la Comisión bancaria de la CCI el 25 de octubre de 2006³⁰, como la Convención de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI; en inglés, UNCITRAL), actualmente vigentes, son ejemplos de lo que se conoce como la nueva *lex mercatoria*, que tiene un origen “extralegal” y “extranacional” –algunos autores hablan de un Derecho autónomo con pretensiones de validez global³¹– pero que ha contribuido enormemente a la unificación de la contratación internacional y de las reglas de derecho internacional privado³².

De forma paralela a los trabajos de la CNUDMI, la Cámara de Comercio Internacional aprobó con fecha 3 de diciembre de 1991 las Reglas Uniformes relativas a las garantías a demanda 458 (RUGD; en inglés, URDG³³), que comparten algunos aspectos con las RUU, como por ejemplo el carácter abstracto de la obligación bancaria³⁴. La necesidad de adaptar el texto a las exigencias y a los avances del comercio internacional del nuevo

²⁹ El título es Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente; en inglés, United Nations Convention on Independent Guarantees and Stand-by Letters of Credit. El texto, que fue redactado en la 28ª sesión de la Comisión, celebrada en Viena del 2 al 26 de mayo de 1995, y adoptado en noviembre del mismo año por la Asamblea General de Naciones Unidas, se encuentra accesible en español en <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/payments/guarantees/guarantees-s-CORR.pdf>.

³⁰ Dicha versión, que entró en vigor el 1 de julio de 2007, vino a sustituir a la publicación núm. 500, vigente hasta entonces. La nueva versión ha introducido significativos cambios, en aras a una mayor claridad y precisión de las reglas, y ha reducido el número de artículos de 49 a 39.

³¹ En este sentido, vid. J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, «Autoregulación y unificación del derecho de los negocios internacionales», en J.V. GONZÁLEZ GARCÍA (dir.), *Derecho de la regulación económica*, vol. VIII. *Comercio exterior*, Madrid, Iustel, 2009, pp. 83-137.

³² M. BROSETA PONT / F. MARTÍNEZ SANZ, *Manual de Derecho Mercantil*, vol. II, Madrid, 11ª ed., 2014, p. 60; R. URÍA / A. MENÉNDEZ et. al., *Curso de Derecho Mercantil*, vol. II, Civitas, Madrid, 2001, pp. 79 y ss. La importancia de la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente de 1995 reside principalmente en el hecho de que, para los Estados que la han ratificado, tiene la condición de ley aplicable a las garantías de esa naturaleza que tengan carácter internacional (p. 662; arts. 1 y 5 de la Convención). Por otra parte, las Reglas tienen carácter dispositivo y únicamente se aplicaran por remisión expresa de las partes (arts. 21 y 22). Para un análisis sobre los regímenes aplicables a las cartas de crédito *stand-by* y a las garantías independientes y una crítica de la coexistencia de reglamentaciones, vid. J. SAN JUAN CRUCELAEGUI, «Los problemas derivados de la coexistencia de las reglamentaciones sobre los créditos documentarios *stand-by* y sobre las garantías independientes» en *Estudios de Deusto*, 2002, pp. 173-199.

³³ ICC Uniform Rules for Demand Guarantees, publicación CCI núm. 458. El texto íntegro se puede consultar en inglés en J.M. BUSTO LAGO, *Las garantías personales atípicas en el ordenamiento jurídico español. Configuración jurídica de las garantías «a primer requerimiento» y autónomas*, Aranzadi, Navarra, 2006, pp. 323-331. Estas reglas pretendían superar la falta de aceptación de las Reglas Uniformes para las Garantías Contractuales publicadas en 1978 (publicación CCI núm. 325), si bien no suponían una derogación absoluta de estas, tal y como pone de manifiesto la introducción del propio texto de la CCI.

³⁴ Asimismo, en el art. 1 de ambos textos se señala que no conforman un cuerpo de normas legales o reglamentarias.

siglo motivó la redacción y publicación de las RUGD 758³⁵, que entraron en vigor el 1 de julio de 2010 y sustituyeron a la versión anterior.

1.3 La función económica de las garantías independientes

Los autores que han analizado la función económica de las garantías independientes señalan una serie de motivos que resultan claves para entender el surgimiento de las garantías independientes; de todas ellos cabría destacar los siguientes:

1.3.1 La ineficacia del contrato de fianza para asegurar el pago de la garantía

Como consecuencia del régimen de excepciones propio de la fianza, el fiador puede negarse al pago oponiendo al acreedor todas las excepciones propias del deudor principal (excepto las puramente personales) y que sean inherentes a la deuda (art. 1853 CC). Además, el acreedor está obligado a dirigirse en primer lugar contra el deudor u obligado principal (art. 1822.1º CC), y el fiador goza del beneficio de excusión, por lo que no puede ser compelido a pagar sin hacerse antes excusión de todos los bienes del deudor (art. 1830 CC). Por otro lado, la carga de la prueba del incumplimiento o impago del deudor recae sobre el acreedor, que no siempre dispone de los medios suficientes para probar dicho incumplimiento³⁶. Todas estas circunstancias hacen de la fianza un mecanismo poco eficaz para tutelar el derecho de crédito del acreedor, que en muchas ocasiones debe acudir a la justicia ordinaria para ver satisfecho su interés económico.

En la búsqueda de un instrumento de garantía que facilitase una mayor celeridad en el pago, se generalizó en la práctica comercial la utilización de garantías a primera demanda, que se regían por la máxima «*pay now, litigate later*»³⁷, que no es otra cosa que la aplicación del viejo principio *solve et repete* (paga y luego reclama). La intención era la de otorgar un carácter prácticamente instantáneo al pago de la garantía, que debía operar de forma casi automática. Esto se conseguía mediante la presunción de veracidad de la reclamación (ligada a una inversión de la carga de la prueba, que obligaría al

³⁵ ICC Uniform Rules for Demand Guarantees, publicación CCI núm. 758.

³⁶ M.C. NÚÑEZ ZORRILLA, *La problemática actual de las denominadas...*, p. 17.

³⁷ M.M. BUSTILLO SAIZ, *Sobre la atipicidad de las garantías...*, pp. 2-5, afirma que la seguridad, traducida en la automaticidad del pago de la garantía, es la nota distintiva de los diferentes tipos de garantías autónomas; F. SÁNCHEZ CALERO, «Ponencia general», M. CLAVERO ARÉVALO (coord.) et. al., *Las garantías a primer requerimiento (garantías a primera demanda)*, Civitas, Madrid, 1996, p. 34.

deudor a probar su cumplimiento para poder evitar el pago de la garantía) y la reducción, que no eliminación, de las excepciones oponibles por el garante ante el acreedor beneficiario de la garantía.

Con la suscripción de la garantía a primera demanda, el beneficiario pretende desconectar su reclamación de su obligación principal como deudor, de modo que la primera no esté condicionada a las vicisitudes del contrato principal. En las configuraciones más radicales de la garantía, se diría que el acreedor beneficiario puede reclamar la ejecución de la misma en cualquier momento, sin verse obligado a demostrar la validez o admisibilidad de esa reclamación (en estos casos, la garantía se acercaría a la caución líquida). En cambio, una interpretación más moderada y a mi modo de ver más acertada señala que si bien el acreedor beneficiario de la garantía a primera demanda no puede ser obligado a probar el incumplimiento del deudor como si de una fianza tradicional se tratara, nada impide que en base al principio de la buena fe contractual se pacte que la reclamación deba ir acompañada de documentos acreditativos del incumplimiento³⁸.

En cualquier caso, la profesionalización de los contratos de garantía, el desarrollo de la actividad aseguradora y la especial solvencia de las entidades financieras, que son habitualmente las emisoras de las garantías autónomas a primera demanda, constituyen factores que refuerzan la seguridad al beneficiario de que, en caso de producirse un incumplimiento o un cumplimiento defectuoso por parte del deudor, podrá solicitar la ejecución forzosa de la prestación debida y, en su caso, una indemnización acorde con los daños sufridos³⁹.

1.3.2 La necesidad de dotar de una mayor seguridad jurídica a la fianza típica

En conexión con lo argumentado en el subapartado anterior, debe decirse que la fianza, al no ser eficaz para garantizar la seguridad en el pago de la garantía y obligar al garante

³⁸ F. SÁNCHEZ CALERO, «Ponencia general»..., pp. 33-34.

³⁹ F. SÁNCHEZ CALERO, «Ponencia general»..., p. 34; J. SAN JUAN CRUCELAEGUI, *Garantías a primera demanda*..., pp. 62 y ss; M.C. NÚÑEZ ZORRILLA, *La problemática actual de las denominadas*..., p. 18 y 45.

a analizar una relación jurídica que le era ajena, era en ocasiones vista con recelo por parte del acreedor beneficiario y del banco garante.

Desde el punto de vista del beneficiario acreedor, que se encontraba en una posición vulnerable con respecto a las demás partes del contrato de fianza⁴⁰, la garantía autónoma a primer requerimiento tiene la virtud de asegurar de una forma más efectiva que la fianza no solamente las prestaciones contractuales y precontractuales asumidas por el deudor ordenante⁴¹, sino también los llamados riesgos atípicos. La creciente complejidad de las operaciones comerciales internacionales, sujetas a una pluralidad de eventualidades no siempre al alcance de la voluntad de las partes, justificaba la búsqueda de un mecanismo jurídico de garantía que pudiera cubrir eficazmente y de forma completa todos esos riesgos derivados del contrato principal⁴².

Desde el punto de vista del banco garante, la fianza clásica llevaba consigo una gran inseguridad jurídica y le colocaba en una posición vulnerable, muchas veces de conflicto con el ordenante. Cuando el banco recibía la reclamación del acreedor, estaba obligado a examinar la validez de la misma en atención a los elementos materiales del contrato garantizado, a pesar de que lo más habitual era que desconociese los contenidos y la realidad de dicho contrato⁴³. La situación del banco podía verse agravada, además, si en caso de haber pagado al acreedor sin haber utilizado las defensas que frente a él pudiera utilizar el deudor, el ordenante de la garantía se negaba legítimamente a reembolsarle la cantidad pagada al acreedor con base a esas mismas excepciones, de

⁴⁰ La vulnerabilidad del acreedor beneficiario de la garantía resultaba evidente en los casos en que este era un exportador vendedor que vendía sus mercancías a un nacional de un país lejano, situación en la que de producirse un incumplimiento del importador comprador y, por tanto, ser necesaria la ejecución de la garantía, el beneficiario de la misma encontraría serios problemas geográficos y de determinación del derecho vigente, que podrían impedir la satisfacción de su interés económico. Vid. J.M. BUSTO LAGO, *Las garantías personales atípicas...*, pp. 29-31.

⁴¹ F. SÁNCHEZ CALERO, «Ponencia general»..., p. 33, al mencionar el aseguramiento de las prestaciones precontractuales, hace referencia a las garantías de licitación. En este sentido, vid. M.C. NÚÑEZ ZORRILLA, *La problemática actual de las denominadas...*, p. 34.

⁴² J. SAN JUAN CRUCELAEGUI, *Garantías a primera demanda...*, pp. 66 y ss., distingue entre los riesgos de impago y de demora en el pago en los contratos de ejecución inmediata, los derivados de la complejidad del contrato y de la dilación de su ejecución en el tiempo, los derivados de la participación de una multiplicidad de partes en la ejecución del contrato, los ajenos a la voluntad de las partes y los riesgos jurisdiccionales; M.M. BUSTILLO SAIZ, *Sobre la atipicidad de las garantías...*, p. 5, se refiere a una serie de riesgos extraordinarios o atípicos como la guerra, el decreto de embargos, las prohibiciones de salida de divisas, etc. Sobre los riesgos atípicos, véase M.C. NÚÑEZ ZORRILLA, *La problemática actual de las denominadas...*, pp. 24-25. También suele acuñarse la distinción entre los riesgos financieros y los no financieros.

⁴³ M.C. NÚÑEZ ZORRILLA, *La problemática actual de las denominadas...*, p. 46.

modo que el banco era el que sufría las consecuencias del enriquecimiento injusto de este último. En cambio, en la garantía autónoma a primera demanda, la obligación del banco garante únicamente está supeditada al control de los requisitos formales de la reclamación, control que por otra parte corresponde en exclusiva al banco garante. De esta manera, el banco también se asegura que el ordenante no le podrá oponer en vía de regreso las excepciones del contrato principal que este podría oponer frente al beneficiario; como consecuencia, el banco garante tiene la práctica seguridad que el ordenante le reembolsará la cantidad pagada. Así pues, el riesgo del banco se reduciría a la relación de mandato mantenida con la persona del ordenante, siendo las partes del contrato principal quienes tendrían que soportar los costes de inseguridad sobre la corrección de la prestación principal, así como los costes de litigiosidad resultantes de la oposición de excepciones derivadas de la relación de base entre el deudor ordenante y el acreedor beneficiario⁴⁴.

Desde el punto de vista del ordenante deudor, que no es parte en el contrato de garantía pero asume un riesgo voluntario, la garantía a primera demanda cumple también una función económica. Por un lado, es gracias a la suscripción de la garantía que el ordenante deudor puede celebrar el contrato principal; la cláusula a primera demanda y la renuncia del garante a las excepciones propias del deudor principal es lo que disipa las posibles dudas que el acreedor pudiera tener sobre la solvencia y la credibilidad de éste, lo cual tiene una importancia significativa, en particular, en los casos en que deudor y acreedor se encuentran establecidos en países distintos, pero también cuando se trata de contratar con la Administración Pública. Se trata, por tanto, de un riesgo que el ordenante asume como condición para poder formalizar eficazmente una operación comercial de cierta complejidad (piénsese en los contratos de ingeniería civil) o para acceder a determinados mercados (como por ejemplo, los mercados de contratos públicos o de obra) que exigen de la prestación de una garantía que pueda ser ejecutada de forma ágil y flexible en caso de verse defraudado el interés económico del acreedor en la relación principal.

⁴⁴ M.C. NÚÑEZ ZORRILLA, *La problemática actual de las denominadas...*, p. 16; F. SÁNCHEZ CALERO, «Ponencia general», *Las garantías a primer requerimiento...*, pp. 35-36.

Por otro lado, los autores señalan que la garantía autónoma a primera demanda cumple una función de crédito para el ordenante, puesto que la formalización de una garantía autónoma hace que este no tenga que acudir a otros mecanismos de garantía más gravosos como pueden ser la caución real o al contado⁴⁵. Según BUSTILLO SAIZ⁴⁶, la función de crédito de la garantía se manifiesta en que el garante asegura al beneficiario el valor económico de la garantía sin exigir del ordenante una provisión correspondiente (para asignarla al cumplimiento de esa responsabilidad⁴⁷). Por otro lado, en la carta de crédito contingente el ordenante deudor se beneficia del hecho que estas son emitidas por un porcentaje del valor total de la operación garantizada que es considerablemente más bajo respecto del que se pacta habitualmente en las garantías accesorias; los honorarios también son más bajos en este tipo de garantías, en comparación con la fianza clásica⁴⁸.

Dicho esto, lo cierto es que en las garantías a primera demanda el ordenante deudor tiene un mayor riesgo de sufrir las consecuencias de una eventual reclamación fraudulenta. Una vez efectuado el pago, el banco garante repetirá contra el deudor principal, y este no podrá oponer al primero las excepciones derivadas de la relación subyacente, por lo que aun siendo el pago indebido lo más probable es que el deudor tenga que reembolsar primero al garante la cantidad pagada, y a posteriori accionar contra el acreedor beneficiario para compensar el empobrecimiento injusto que habrá sufrido⁴⁹. En aras a evitar los abusos que suponen las reclamaciones fraudulentas, los autores propugnan, entre otras cuestiones, la imposición de una mínima diligencia al garante –con lo cual se está reconociendo implícitamente que el garante debe analizar, si más no de forma sumaria, la procedencia de la reclamación a la luz de la relación principal o de base–, la atenuación del rigor de la cláusula de pago a primera demanda y la preferencia por las garantías documentarias o justificadas en detrimento de las garantías a simple demanda o no justificadas, así como la toma en consideración del

⁴⁵ M.M. BUSTILLO SAIZ, *Sobre la atipicidad de las garantías...*, p. 30; F. SÁNCHEZ CALERO, “Ponencia general” en *Las garantías a primer requerimiento...*, p. 36; J.M. BUSTO LAGO, *Las garantías personales atípicas...*, pp. 30-31.

⁴⁶ M.M. BUSTILLO SAIZ, *Sobre la atipicidad de las garantías...*, p. 30.

⁴⁷ F. SÁNCHEZ CALERO, «Ponencia general»..., p. 36.

⁴⁸ M.M. BUSTILLO SAIZ, *Sobre la atipicidad de las garantías...*, p. 30.

⁴⁹ M.M. BUSTILLO SAIZ, *Sobre la atipicidad de las garantías...*, p. 31.

riesgo de una reclamación fraudulenta en el momento del cálculo del precio de la garantía⁵⁰.

2. La admisión de las garantías autónomas en el ordenamiento español

En la Europa continental, y en particular, en los sistemas causalistas, el principio de libertad de pacto y la constatación de la ineficacia de la fianza para hacer frente a las necesidades económicas del momento justifican la aceptación de las garantías autónomas a primera demanda, que son calificadas por la doctrina mayoritaria como un tipo contractual diferenciado de la fianza y caracterizado por su naturaleza no accesorio, aunque no todos los autores coinciden con el significado y el grado de la falta de accesoriedad que se atribuye a estos contratos, como veremos más adelante⁵¹.

En España, el reconocimiento de esta clase de garantía sufrió un retraso en comparación con lo sucedido en los países de nuestro entorno. Así, no fue hasta la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 1989⁵² que se suscitó la cuestión de su admisibilidad en el Derecho español⁵³, si bien es cierto que en la anterior Sentencia de 11 de julio de 1983⁵⁴ el Alto Tribunal ya se había pronunciado sobre las garantías a primera solicitud como un ejemplo de figura contractual, surgida en el comercio internacional, tendente a superar la rigidez de la accesoriedad, entendida como absoluta dependencia de la obligación garantizada, propia de la fianza y de las obligaciones

⁵⁰ M.C. NÚÑEZ ZORRILLA, *La problemática actual de las denominadas...*, pp. 44-45; M.M. BUSTILLO SAIZ, *Sobre la atipicidad de las garantías...*, pp. 30-31.

⁵¹ A. CARRASCO PERERA / E. CORDERO LOBATO / M.J. MARÍN LÓPEZ, *Tratado de los derechos de garantía*, t. I, 2.ª ed., 2008, p. 501; R. MARIMÓN DURÁ, «La garantía independiente o a primer requerimiento», V. CUÑAT EDO / R. VALLARÍN HERNÁNDEZ (dirs.) / F. GONZÁLEZ CASTILLA (coord.), *Estudios sobre Jurisprudencia Bancaria*, Navarra, 2ª ed., 2002, p. 490.

⁵² RJ 1989, 7878.

⁵³ En este sentido se han pronunciado A. CARRASCO PERERA, *Tratado de los derechos de garantía...*, pp. 506-507, L.F. CARRILLO POZO, *Las garantías autónomas en el comercio...*, pp. 63 y ss., R. MARIMÓN DURÁ, «La garantía independiente...», pp. 486-487, y J.M. BUSTO LAGO, *Las garantías personales atípicas...*, p. 47; DE ANGULO RODRÍGUEZ, «Actualidad de las garantías personales atípicas», L. DE ANGULO RODRÍGUEZ / J. CAMACHO DE LOS RÍOS / C. HOYOS ELIZALDE (dirs.), *Las tendencias actuales de los contratos de garantía*, Atelier, 2005, p. 32, parece situar la admisión jurisprudencial de las garantías a primera demanda en los años setenta, en particular, en la sentencia del Tribunal Supremo de 24.12.1978. Asimismo, en algunas sentencias de los años ochenta (21.3.1980, 11.7.1983 y 17.6.1985), el Tribunal Supremo se pronunció sobre el «aval en sentido amplio», una figura de contornos difusos a través de la cual el Alto tribunal intentó dar entrada a un nuevo concepto de garantía.

⁵⁴ RJ 1983, 4209.

cambiarias. Posteriormente, la Sentencia del TS de 27 de octubre de 1992⁵⁵ sentó las bases de la doctrina jurisprudencial aplicable a los contratos de garantía a primera demanda, y su importancia se ve reflejada en todos los trabajos doctrinales que han incidido sobre la materia⁵⁶. Dicho pronunciamiento sería reiterado, sin cambios significativos, en las posteriores sentencias del Tribunal. Sin ánimo exhaustivo, cabe citar las SSTS de 17 de febrero, 30 marzo, 5 de julio y 13 de diciembre de 2000⁵⁷, en las de 12 de julio y 14 de noviembre de 2001⁵⁸, en la de 29 de abril de 2002⁵⁹, en las de 31 de mayo y 12 de noviembre de 2003⁶⁰, en la de 28 de mayo de 2004⁶¹, en las de 27 de septiembre y 9 de diciembre de 2005⁶², en las de 7 de marzo y 27 de noviembre de 2006⁶³, en la de 1 de octubre de 2007⁶⁴, en las de 27 de octubre, 30 de marzo y 4 de diciembre de 2009⁶⁵, en la de 17 de julio de 2013⁶⁶, así como en las de 3 de marzo, 16 y 17 de julio de 2014⁶⁷. La jurisprudencia menor también se ha pronunciado en repetidas ocasiones sobre las garantías a primer requerimiento; entre las sentencias más recientes destacan la de 23 de diciembre de 2010 de la Audiencia Provincial de Zaragoza⁶⁸, la de 11 de junio de 2010 de la Audiencia Provincial de Madrid⁶⁹, la de 3 de octubre de 2013 de la Audiencia Provincial de Murcia⁷⁰, la de 17 de septiembre de 2014 de la Audiencia Provincial de Lugo⁷¹, la de 28 de octubre de 2014 de la Audiencia Provincial de

⁵⁵ RJ 1992, 8584. Esta sentencia ha sido comentada por J.I. BONET SÁNCHEZ, «Sentencia del T.S de 27 de octubre de 1992. Nueva reflexión jurisprudencial acerca de las garantías a primera demanda» en *Cuadernos de derecho y comercio*, nº13, 1994, pp. 213-256.

⁵⁶ Entre otros, J. SAN JUAN CRUCELAEGUI, *Garantías a primera demanda...*, pp. 159-161 y ss.; J.M. BUSTO LAGO, *Las garantías personales atípicas...*, pp. 47-51; A. CARRASCO PERERA et. al. , *Tratado de los derechos de garantía...*, p. 509; R. MARIMÓN DURÁ, «La garantía independiente...», p. 487; F. SÁNCHEZ CALERO, «Ponencia general»..., p. 39.

⁵⁷ RJ 2000, 1162, 2314, 6010 y 10438.

⁵⁸ RJ 2001, 5159 y 9304.

⁵⁹ RJ 2002, 4882.

⁶⁰ RJ 2003, 5217 y 8408.

⁶¹ RJ 2004, 3553.

⁶² RJ 2005, 6860 y 10177.

⁶³ RJ 2006, 1055 y 9121.

⁶⁴ RJ 2007, 8087.

⁶⁵ RJ 2009, 5711, 2394 y RJ 2010, 271.

⁶⁶ RJ 2013, 5920.

⁶⁷ RJ 2014, 1425, 4640 y 4083. Los últimos pronunciamientos del Tribunal Supremo en los que se menciona la figura del aval a primer requerimiento son la Sentencia de 6 de febrero de 2015 (RJ 2015, 512), en la que el Tribunal declara la inexistencia de dicho aval al estar sujeta la reclamación del beneficiario a una serie de requisitos «que son contrarios al concepto de primer requerimiento», y el Auto 4 de febrero también del presente año (JUR 2015, 40443).

⁶⁸ JUR 2011, 61473.

⁶⁹ AC 2010, 1248.

⁷⁰ JUR 2013, 326108.

⁷¹ JUR 2014, 252451.

Madrid⁷², las de 6 de febrero y 15 de abril de 2015 de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares⁷³, la de 2 de marzo de 2015 de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa⁷⁴ y la de 20 de marzo del mismo año de la Audiencia Provincial de Murcia⁷⁵.

Desde un punto de vista doctrinal, dos fueron los principales obstáculos que se plantearon para la admisión de estas nuevas figuras contractuales. El primero de ellos fue el de su supuesta naturaleza abstracta. El hecho de que esta figura fuese calificada como un contrato abstracto por algunos autores y por parte de la jurisprudencia parecía un escollo insalvable, teniendo en cuenta que nuestro derecho civil patrimonial no permite la existencia de contrato sin causa (art. 1261 CC). El debate, inicialmente, era si debía flexibilizarse la interpretación de nuestro derecho de contratos para admitir la inserción de un instituto nacido en un espacio jurídico foráneo, que si bien comparte similitudes con la fianza se organiza de forma diferente al esquema fideiusorio general previsto en los artículos 1822 a 1853 del Código Civil.

Ante aquellos que interpretaban el carácter no accesorio de la garantía a primera demanda como una imposibilidad absoluta por parte del garante de oponer al beneficiario de la garantía cualesquiera excepciones ajenas al propio texto de la garantía, los trabajos doctrinales más recientes tienden a prescindir del concepto de abstracción, o como mínimo, a advertir de que en ningún caso puede hablarse de una abstracción funcional o absoluta, puesto que, en tanto que garantía, el objeto de esta figura es asegurar el cumplimiento de la obligación de un tercero⁷⁶. Por consiguiente, en los últimos tiempos los autores han utilizado términos y expresiones como la autonomía o la falta de accesoriedad para tratar de definir a las garantías autónomas. En general, podríamos decir que el debate sobre la causa de la garantía ha sido superado, de modo que las discusiones doctrinales se centran ahora en determinar si en las garantías independientes se produce bien una derogación de la accesoriedad, bien una atenuación de la misma, así como en analizar las consecuencias derivadas de la falta absoluta o

⁷² JUR 2015, 19599.

⁷³ JUR 2015, 80610 y 125514.

⁷⁴ AC 2015, 550.

⁷⁵ JUR 2015, 125281.

⁷⁶ J.M. BUSTO LAGO, *Las garantías personales atípicas...*, p. 43; A. CARRASCO PERERA et. al., *Tratado de los derechos de garantía...*, p. 525; Cfr. J. SAN JUAN CRUCELAEGUI, *Garantías a primera demanda...*, pp. 142-143.

relativa de accesoriedad, especialmente en relación con el régimen de excepciones oponibles por el beneficiario de la garantía.

Íntimamente relacionado con la cuestión de su naturaleza, se plantea el debate sobre si la garantía a primera demanda debe ser calificada como un contrato *sui generis*, tal y como lo califica la doctrina alemana⁷⁷, o si en cambio se trata de una modalidad de garantía personal. En este caso, también debe decidirse si es posible reconducir la figura al contrato de fianza y por tanto aplicar sus mismas normas por analogía, o si por el contrario, la atenuación o derogación convencional de la accesoriedad propia de la fianza tiene como consecuencia la creación de un nuevo tipo contractual de garantía.

Llegados a este punto, huelga decir que la aceptación de la garantía a primera demanda como garantía independiente no se ha producido de la misma manera por parte de la doctrina civilista de los distintos países de la Europa continental. En general, frente a visiones más tradicionales que limitaban las garantías personales a la fianza y el aval, ha triunfado en las doctrinas italiana y española una visión más moderna que configura las garantías personales como un listado de *numerus apertus* que debe permitir a las partes pactar una garantía personal no accesoría, en méritos del principio de libertad de pacto reconocido en los diferentes ordenamientos jurídicos europeos. Así se ha pronunciado RAVAZZONI⁷⁸, para quien la derogación de la norma de accesoriedad de la fianza debe admitirse, al tratarse de una necesidad social, sin que ello suponga la nulidad de la obligación de garantía; en el mismo sentido, PORTALE⁷⁹ subrayó que no se trataba de un problema de nulidad (por su no accesoriedad) sino de calificación del tipo contractual. Por su parte, la doctrina alemana clásica contraponía la figura de la fianza (*Bürgschaft*) a la del contrato de garantía (*Garantievertrag*), y pone de manifiesto la independencia de este último respecto del contrato principal⁸⁰. Según SAN JUAN CRUCELAEGUI, ambas

⁷⁷ Vid. C.W. CANARIS, *Bankvertragsrecht*, Ester Teil, Berlín, 3ª ed., 1988, p. 592, así como E. VON CAEMMERER, «Bankgarantien im Aussenhandel», *Festschrift für O. Riese, Karlsruhe*, pp. 295-307, citados por J. SAN JUAN CRUCELAEGUI, *Garantías a primera demanda...*, pp. 139 y 256-257.

⁷⁸ RAVAZZONI, «Le c.d. cauzioni fideiussorie o polizze fideiussorie», *Le operazioni bancarie*, t. II, G. Portale, 1978, p. 1172, citado por J. SAN JUAN CRUCELAEGUI, *Garantías a primera demanda...*, pp. 123-124.

⁷⁹ G.B. PORTALE, «Nuovi sviluppi del contratto autonomo di garanzia», *Banca Borsa e Titoli di Crédito*, parte I, 1985, pp. 169-187; del mismo autor, «Le garanzie bancarie internazionali», *Banca Borsa e Titoli di Crédito*, parte I, 1988, pp. 1-55, citado por J. SAN JUAN CRUCELAEGUI, *Garantías a primera demanda...*, pp. 124-125.

⁸⁰ A. CARRASCO PERERA, *Fianza, accesoriedad y contrato de garantía*, La Ley, 1992, pp. 24-27; NORBERT HORN, *German banking law and practice in international perspective*, de Gruyter, 1999, pp. 192-193.

doctrinas, la alemana y la italiana, tienen en común el haber analizado el ensanchamiento del tipo contractual de la fianza para introducir en él la figura de las garantías independientes⁸¹.

En nuestro país, gran parte de la doctrina coincide en respaldar la validez de las garantías autónomas, utilizando para ello una diversidad de argumentos no siempre coincidentes entre sí, que tienen su punto de encuentro en el principio de autonomía de la voluntad (art. 1255 CC), utilizado para justificar teorías contrapuestas. Uno de los debates más recurrentes es precisamente el relativo a la posibilidad de reconducir la garantía autónoma al contrato de fianza. La tesis que defiende esta posibilidad⁸² parte de la premisa de que la fianza no es un tipo contractual rígido sino uno flexible y capaz de adaptarse a las necesidades del momento. Los defensores de este planteamiento sostienen que las normas que disciplinan la fianza y, en particular, las que la configuran como una garantía accesorio, son esencialmente dispositivas, no imperativas, por lo que pueden ser modificadas o excluidas por las partes, quienes dentro del esquema fideusorio pueden obligarse de forma solidaria. Así pues, la garantía primera demanda no es más que *una fianza con determinadas especialidades*, en palabras de CARRASCO PERERA⁸³. Por consiguiente, serían aplicables a la garantía autónoma las normas de la fianza en todo aquello que no fuese incompatible con la falta de accesoriedad de dicha garantía⁸⁴. Los únicos límites que las partes deberían respetar, para no desvirtuar la naturaleza de la fianza, serían los artículos 1822.1º y 1826 CC, que establecen, respectivamente, la necesidad de que la obligación del fiador se articule en forma subsidiaria de forma que éste responda para el caso de no hacerlo el deudor (incluso cuando el fiador se obligase de forma solidaria con el deudor principal)⁸⁵ y la

⁸¹ J. SAN JUAN CRUCELAEGUI, *Garantías a primera demanda...*, p. 125.

⁸² Representada por V. GUILARTE ZAPATERO, *Jurisprudencia sobre fianza y demás garantías*, Madrid, 1997, p. 92; A. CARRASCO PERERA, «Las nuevas garantías personales: Las cartas de patrocinio y las garantías a primer requerimiento», U. NIETO CAROL / J.I. BONET SÁNCHEZ (coords.), *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, t. I, *Parte general y garantías personales*, Madrid, 1996, p. 741; F. VALENZUELA GARACH, «El contrato de fianza: Una síntesis de sus problemas actuales», U. NIETO CAROL (coord.), *Tratado de garantías en la contratación mercantil...*, pp. 439-440.

⁸³ A. CARRASCO PERERA, *Tratado de los derechos de garantía...*, pp. 540-541.

⁸⁴ A. CARRASCO PERERA, *Tratado de los derechos de garantía...*, pp. 540-541; A. CARRASCO PERERA, *Fianza, accesoriedad...*, pp. 194-195, 198, 201, 208, 239-240, 256-257 y 742-745; J. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, *El contrato autónomo de garantía. Las garantías a primera demanda*, Centro de Documentación Bancaria y Bursátil, Madrid, 1995, pp. 318 y ss.

⁸⁵ De ello se deduce que para que exista fianza debe haber alguien distinto del deudor principal que se obligue por título diverso del título de este. Vid. M.C. NÚÑEZ ZORRILLA, *La problemática actual de las denominadas...*, pp. 292-293.

prohibición al fiador de obligarse a más que el deudor principal. Personalmente, entiendo que este planteamiento, a pesar de ser contrario a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, es el acertado, y ello es así porque, como veremos más adelante, la accesoriedad y la subsidiariedad fideusorias, si bien atenuadas, no desaparecen por completo en la garantía autónoma a primera demanda⁸⁶, que además comparte la estructura obligacional triangular propia de la fianza⁸⁷.

En contraposición a esta tesis, la doctrina mayoritaria defiende la imposibilidad de reconducir la garantía autónoma al contrato de fianza, motivo por el cual la primera es calificada como un contrato atípico distinto de la fianza. Para los seguidores de esta teoría, el régimen legal de la fianza es de carácter imperativo, de modo que si las partes, al amparo de la libertad de pacto, deciden derogar la nota de la accesoriedad propia de la fianza, lo que están haciendo es crear un tipo contractual diferenciado de la misma⁸⁸. A pesar de que el Código Civil reconoce posibles atenuaciones del principio de accesoriedad (art. 1824.2º), ello responde a la voluntad del legislador, por lo que cualquier pacto de las partes que excluya la accesoriedad sería nulo si se pretendiese enmarcar en un contrato de fianza; en otras palabras, para poder apreciar la existencia de una fianza deben concurrir todas las normas del Código Civil relativas a la misma. Los autores que se han pronunciado en este sentido destacan que la fianza no puede existir sin una obligación válida (arts. 1824 CC), y que es consustancial al esquema fideusorio que el fiador pueda oponer todas las excepciones que competan al deudor principal y sean inherentes a la deuda (art. 1853 CC). De este modo, la inclusión de cláusulas que desvinculen la obligación de garantía de la obligación principal, bien mediante la renuncia a excepcionar la invalidez de la relación de obligación principal, bien mediante la renuncia a oponer cualesquiera excepciones derivadas de la relación subyacente, desnaturaliza el régimen propio de la fianza, por lo que procede hablar de una garantía independiente y atípica⁸⁹. Finalmente, otros argumentos esgrimidos por los

⁸⁶ Vid. *infra* capítulo III.

⁸⁷ Vid. *infra* capítulo II.

⁸⁸ A. CARRASCO PERERA, «Las nuevas garantías personales...», p. 697; F. VALENZUELA GARACH, «El contrato de fianza: Una síntesis...», p. 437.

⁸⁹ K. J. ALBIEZ DOHRMANN, «Las bases dogmáticas de las garantías bancarias» en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LXXII, núm. 636, Madrid, septiembre-octubre 1996, pp. 1831-1834; A. DÍAZ MORENO, «Las garantías a primer requerimiento (garantías a primera demanda). (Primer análisis de algunas cuestiones a la luz de las URDG de la ICC y del Proyecto de Convención de Naciones Unidas sobre garantías independientes)» en AA.VV., *Las garantías a primer requerimiento (garantías a primera*

autores para justificar la admisión de las garantías independientes en nuestro derecho han sido el recurso a las normas del aval cambiario⁹⁰ o al instrumento de la delegación⁹¹, y, más remotamente, la supuesta voluntad de las normas de derecho internacional privado (artículos 3 y 4 del Convenio de Roma) de permitir que un determinado contrato se someta a un ordenamiento dado, o el principio de apertura internacional consagrado en nuestra Constitución⁹².

Como vemos, tanto la doctrina como la jurisprudencia se han esforzado en buscar soluciones que permitiesen reconocer la validez de las garantías no accesorias en nuestro derecho. Dicho esto, no existe todavía una postura unánime acerca de la naturaleza de esta figura y su incardinación en el derecho español. Algunas sentencias, lejos de solventar la cuestión, han contribuido a generar una cierta confusión en torno a la denominación, la naturaleza de las garantías a primer requerimiento, las consecuencias de la cláusula de pago a primer requerimiento, y la normativa aplicable a este tipo de garantías⁹³.

demanda), F. SÁNCHEZ CALERO et. al. (coord.), Fundación BBVA y Civitas, Madrid, 1996, pp. 121 y ss.; J. SAN JUAN CRUCELAEGUI, *Garantías a primera demanda...*, pp. 144 y ss.

⁹⁰ Cfr. A. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, «El aval», *Derecho Cambiario: Estudios sobre la Ley cambiaria y del cheque*, A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ (dir.), Civitas, Madrid, 1986, pp. 551 y 553, citado por A. CARRASCO PERERA, *Fianza, accesoriedad...*, p. 5, quien rechazó esta posibilidad por entender que si el sistema cambiario reconoce el principio de autonomía de las declaraciones negociales (art. 8 LLCh) y un régimen de inoponibilidad de excepciones (arts. 20 y 67) es debido a su preocupación por dar seguridad a la circulación de los créditos incorporados al título. Este argumento en contra de la aplicación de la LCCh a las garantías independientes también ha sido sostenido por L.F. CARRILLO POZO, *Las garantías autónomas en el comercio...*, p. 73.

⁹¹ Esta posibilidad también ha sido rechazada por la doctrina mayoritaria, entre ellos A. CARRASCO PERERA, *Fianza, accesoriedad...*, p. 4.

⁹² L.F. CARRILLO POZO, *Las garantías autónomas en el comercio internacional*, 2000, p. 68-69.

⁹³ A. CARRASCO PERERA, *Tratado de los derechos de garantía...*, pp. 520-521. Cfr. J. SAN JUAN CRUCELAEGUI, *Garantías a primera demanda...*, p. 88.

CAPÍTULO II – Concepto, características y estructura de la garantía autónoma a primera demanda

1. Concepto y caracteres de la garantía autónoma a primera demanda a la luz de la doctrina y la jurisprudencia españolas

Puesto que no existe una definición normativa del contrato de garantía a primera demanda en nuestro Derecho, ni tampoco una universalmente aceptada, la conceptualización de esta figura debe realizarse principalmente a través de los trabajos y estudios doctrinales existentes sobre la materia.

A grandes rasgos, podríamos decir que el contrato de garantía a primera demanda no es otra cosa que un compromiso que adquiere una persona física o jurídica -normalmente una entidad financiera o una compañía de seguros- de pagar el importe indicado en la carta de la garantía, al beneficiario de la misma, sin oponer excepciones derivadas del contrato principal, siempre y cuando el beneficiario presente un requerimiento de pago por escrito en que, cumpliendo con los términos formales y materiales establecidos en la garantía, explicate que se ha producido un incumplimiento por parte del deudor.

En palabras de RODRÍGUEZ DÍAZ⁹⁴, el contrato de garantía a primera demanda es «aquél por el que una persona (garante), a petición de un tercero (ordenante), se obliga frente a otra (beneficiario) a pagarle una determinada cantidad o hasta una cantidad máxima de dinero por un tiempo determinado cuando ésta se la reclame, al haberse producido el supuesto de hecho acordado y sin que pueda oponerle más excepciones que las que surgen de la relación de garantía». CARRASCO PERERA define a esta figura como «aquel contrato de garantía personal por el que un tercero (entidad de crédito, normalmente) intercede ante el acreedor garantizando el cumplimiento de determinadas obligaciones de un deudor principal, con la particularidad de que la obligación de pago del garante se funda en, y vence por, la sola reclamación de pago hecha por el acreedor –unida acaso a otros requisitos formales-, sin que el garante pueda discutir la corrección material de esta reclamación desde la perspectiva del deudor principal ni oponer al pago las

⁹⁴ I. RODRÍGUEZ DÍAZ, «En torno a la garantía a primera demanda», *RDBB*, núm. 90, año XXII, abril-junio 2003, Lex Nova, p. 10.

excepciones que este deudor pudiera oponer al acreedor en la relación de valuta»⁹⁵. Por su parte, SAN JUAN CRUCELAEGUI subraya la independencia y el carácter no accesorio de las garantías independientes, y afirma que en contraste con la fianza, el garante que presta este tipo de garantías «se obliga a hacer un pago a solicitud simple del beneficiario, de forma incondicional e irrevocable, sin que el requerimiento del beneficiario tenga necesariamente que contener la prueba del incumplimiento contractual del garantizado, renunciando, desde un primer momento, a prevalerse de cualesquiera excepciones que pudieran corresponder derivadas de la obligación garantizada»⁹⁶. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE⁹⁷ destaca el automatismo de la garantía a primera demanda y afirma que el pago de la misma «se producirá inmediatamente una vez que el banco garante haya recibido la reclamación indicada», no siéndole permitido al banco investigar si la reclamación está justificada, por lo que corresponderá al ordenante de la garantía «demostrar que el pago obtenido era improcedente y actuar en contra del beneficiario»⁹⁸. La conceptualización como garantía automática también es compartida por FONT GALÁN⁹⁹, para quien la garantía a primera demanda se caracteriza porque «el garante, por orden del deudor-ordenante, se obliga de modo autónomo y automático a satisfacer una determinada cantidad de dinero al beneficiario de la garantía (en cuanto acreedor por una relación jurídica, respecto de la que esta garantía se mantendrá independiente y autónoma), debiéndola hacer efectiva tan pronto como dicho beneficiario lo reclame, normalmente por escrito, sin que el deudor pueda oponerse a ese pago, ni el garante pueda oponer excepción alguna fundada en las relaciones del

⁹⁵ A. CARRASCO PERERA, «Las nuevas garantías personales...», p. 687. En sentido muy parecido, vid. DE ZULUETA, «El artículo 17 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista, y los contratos de garantía admisibles», L. DE ANGULO RODRÍGUEZ / J. CAMACHO DE LOS RÍOS / C. HOYOS ELIZALDE (dirs.), *Las tendencias actuales de los contratos de garantía*, Atelier, Barcelona, 2005, p. 343. En su obra colectiva, *Tratado de los derechos de garantía*, t. I, 2.ª ed., 2008, pp. 499-500, A. CARRASCO PERERA matiza que «las garantías a primer requerimiento describen un conjunto de técnicas convencionales, incluidas en contratos de garantía, mediante las cuales resulta que el garante, tercero respecto del deudor, se obliga a pagar a pr. del beneficiario la cantidad pactada en la garantía, y que constituye el interés de cumplimiento del beneficiario respecto de la relación contractual que le une con el deudor ordenante de la garantía. Lo definitorio de esta fórmula, según el autor, es que el beneficiario no tiene que acreditar que concurren los requisitos que en la relación de valuta le habilitarían para reclamar del garante, y el garante no puede oponer a esta reclamación excepciones que sí podría oponer conforme al art. 1853 CC de no haberse comprometido a pr.».

⁹⁶ J. SAN JUAN CRUCELAEGUI, *Garantías a primera demanda...*, p. 144.

⁹⁷ J. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, *El contrato autónomo de garantía. Las garantías a primera demanda*, Centro de Documentación Bancaria y Bursátil, Madrid, 1995, p. 74.

⁹⁸ En favor de no permitir al garante examinar la corrección material de la reclamación, véase también M.M. BUSTILLO SAIZ, *Sobre la atipicidad de las garantías...*, p. 1, y A. CARRASCO PERERA, «Las nuevas garantías personales...», p. 687.

⁹⁹ J.I. FONT GALÁN, «Los contratos mercantiles de garantía» en L. ANGULO RODRÍGUEZ / J. JIMÉNEZ SÁNCHEZ (coord.), *Derecho Mercantil*, Ariel, Barcelona, 10ª ed., 2005, pp. 374-375.

acreedor con el deudor». En la misma línea, ARAMENDIA GURREA¹⁰⁰ añade que estos instrumentos, en referencia a las garantías independientes, «tienen como nota característica el desligar el pago al beneficiario de los mismos, de las vicisitudes, reales algunas, inventadas o torticeras otras, del negocio jurídico de base». ALCALÁ DÍAZ¹⁰¹ pone el acento en el carácter independiente y autónomo del contrato de garantía a primera demanda que, en su opinión, se traduce en el hecho de que «el banco no se obliga a pagar por otro sino en virtud de una obligación propia, lo que a su vez implica que la nulidad o inexistencia del contrato garantizado no afecta a la validez de la obligación asumida por el banco y permite que el garante pueda obligarse a más que el deudor de la obligación garantizada». DÍAZ MORENO¹⁰², que distingue entre las garantías independientes o autónomas en sentido estricto y las cartas de crédito *standby*, sostiene que en ambos instrumentos el compromiso de pago del garante es jurídicamente independiente con respecto a la relación subyacente, y afirma que en las primeras el garante asume «una obligación *no accesorio* que, además, frecuentemente se configura como *documentaria*»; ello es así cuando «la solicitud de pago debe ir acompañada de otros documentos que tiendan a acreditar la producción de un incumplimiento».

Para SACRISTÁN BERGIA¹⁰³, «las características identificadoras de las garantías autónomas son la fórmula de pago a primera demanda y la renuncia a oponer excepciones al pago de la garantía que tengan su origen en la relación principal, así como el contenido de la responsabilidad, porque es distinta la responsabilidad que asume el banco de la asumida por el deudor principal». SÁNCHEZ CUARTERO¹⁰⁴ identifica la garantía a primer requerimiento por su función de garantía, su carácter irrevocable, su no accesoriedad respecto de la obligación principal y por la circunstancia

¹⁰⁰ J. ARAMENDIA GURREA, «Las garantías a primer requerimiento (garantías a primera demanda)», AA.VV., *Las garantías a primer requerimiento (garantías a primera demanda)*, p. 84: «El emisor del crédito documentario o el garante habrán de pagar ateniéndose, sólo, a los documentos, de manera en cierto modo automática, por exigencias del comercio y la seguridad, que es su clave sustentadora».

¹⁰¹ M. A. ALCALÁ DÍAZ, «Función económica y naturaleza jurídica de las garantías bancarias a primera demanda», AA.VV., *Instituciones del Mercado Financiero. Contratos Bancarios. Vol. IV. Garantías y aspectos procesales*, La Ley-Actualidad, Madrid, 1999, p. 1803.

¹⁰² A. DÍAZ MORENO, «Reglamentación uniforme sobre los contratos de garantía: la labor de la CCI y de UNCITRAL», en AA.VV., *Las tendencias actuales...*, pp. 104-107.

¹⁰³ F. SACRISTÁN BERGIA, «La oposición de excepciones por reclamación indebida en las garantías autónomas a primera demanda», *RDBB*, núm. 111, año XXVII, julio-septiembre 2008, Lex Nova, pp. 234-235.

¹⁰⁴ E. SÁNCHEZ CUARTERO, «El seguro de caución y las garantías a primer requerimiento», AA.VV., *Las tendencias actuales...*, pp. 311-312.

de que para la exigencia de la garantía por el beneficiario basta «una mera manifestación en dicho sentido», sin que sea necesario acreditar el incumplimiento del deudor principal ni la procedencia de la cuantía exigida. BUSTO LAGO¹⁰⁵ nos ofrece un concepto detallado y extenso del contrato autónomo de garantía, que refleja los distintos tipos de obligaciones que son susceptibles de ser garantizadas mediante este contrato. Asimismo, el autor concluye que de la inoponibilidad de excepciones derivadas del contrato subyacente se deriva el carácter automático y autónomo de la garantía, y desaconseja hablar de abstracción para referirse a este carácter para evitar posibles confusiones en torno a la causa del contrato. PELAYO JIMÉNEZ¹⁰⁶, en relación a la estructura obligacional del aval a primer requerimiento, advierte que «deja de ser una relación jurídica triangular (*deudor-acreedor/beneficiario*) para convertirse en una relación jurídica bilateral constituida, exclusivamente, entre la *entidad aseguradora* y el *acreedor/beneficiario* del aval». Así pues, argumenta el autor que mediante la exclusión del deudor de la relación jurídica del aval se da «*plena*» seguridad al cumplimiento de la obligación de garantía, siendo que «las únicas excepciones que la entidad avalista puede oponer al requerimiento de pago del beneficiario son las derivadas de la relación jurídica del aval (o las personales que pudiera tener la entidad avalista respecto del acreedor/beneficiario –art. 1148 Cc-)».

A nivel jurisprudencial, podríamos decir que la definición del aval a primer requerimiento -concepto utilizado de forma extendida por los tribunales españoles para referirse a las garantías a primera demanda¹⁰⁷-, ha adquirido una cierta consolidación, especialmente por lo que respecta a su conceptualización como contrato atípico diferenciado de la fianza. De hecho, podría decirse en este sentido que desde la Sentencia de 27 de octubre de 1992 del Tribunal Supremo, no se aprecian grandes cambios en la doctrina jurisprudencial; más bien al contrario, es habitual que los pronunciamientos contengan remisiones a decisiones del propio o de otros tribunales

¹⁰⁵ J.M. BUSTO LAGO, *Las garantías personales atípicas...*, pp. 80-81.

¹⁰⁶ R.C. PELAYO JIMÉNEZ, «En torno a la medida cautelar de suspensión de la ejecución de los avales a primer requerimiento», *RDM*, núm. 287, enero-marzo 2013, p. 130.

¹⁰⁷ Ello es debido, en parte, a la consolidada línea jurisprudencial del Tribunal Supremo en relación con el aval en sentido amplio (SSTS 7.12.1968, 24.11.1978, 21.3.1980 y 17.6.1985), que por otra parte es la garantía personal más utilizada en el tráfico mercantil. No obstante, en ocasiones esta denominación crea confusión, pues el aval a primer requerimiento bien puede referirse a una fianza a primer requerimiento o a una garantía independiente. Vid. DE ANGULO RODRÍGUEZ, «Actualidad de las garantías personales atípicas», AA.VV., *Las tendencias actuales...*, p. 31.

sobre la materia, y se limiten a analizar los hechos para luego decidir si es posible encuadrarlos dentro de un aval a primer requerimiento o si por el contrario se trata de una fianza accesoria o un seguro de caución.

A modo de ejemplo, cabe citar la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2014¹⁰⁸, que se remite a otra del mismo tribunal de 12 de julio de 2001¹⁰⁹, en la que se define el aval a primer requerimiento en los siguientes términos:

«... es una garantía personal atípica, producto de la autonomía de la voluntad proclamada por el artículo 1255 del Código Civil, que es distinta del contrato de fianza y del contrato de seguro de caución, no es accesoria y el garante no puede oponer al beneficiario, que reclama el pago, otras excepciones que derivan de la garantía misma... el efecto último es, pues, que el beneficiario tiene un claro derecho a exigir el pago, siendo la obligación del garante independiente de la obligación del garantizado y del contrato inicial, sin perjuicio de las acciones que puedan surgir a consecuencia del pago de la garantía (sentencia de 30 de marzo de 2000 [RJ 2000, 2314]».

En un sentido prácticamente idéntico se pronuncia la Sentencia del Alto Tribunal de 1 de octubre de 2007¹¹⁰, que proporciona el siguiente concepto de garantía independiente:

«obligación de garantía que pierde su carácter accesorio de la obligación principal (la obligación del garante es independiente de la obligación del garantizado y del contrato inicial), por lo que no es menester que para la efectividad de la garantía se demuestre el incumplimiento de la obligación garantizada, sino que basta con la reclamación del deudor para hacer efectivo el cumplimiento de ésta».

La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha reiterado, asimismo, en sus pronunciamientos, la posibilidad de que el garante se oponga a la reclamación efectuada

¹⁰⁸ RJ 2014, 4083.

¹⁰⁹ RJ 2001, 5159.

¹¹⁰ RJ 2007, 8087. En la misma línea, SSTs de 31.5.2003 (RJ 2003, 5217), 12.11.2003 (RJ 2003, 8408), 28.5.2004 (RJ 2004, 3553), 27.9.2005 (RJ 2005, 6860), 27.10.2009 (RJ 2009, 5711).

por el beneficiario en base a la inexistencia de incumplimiento del deudor principal. Así, en la Sentencia de 17 de febrero de 2000¹¹¹ el Tribunal entendió que:

«... en aras del principio de la buena fe contractual, artículo 1258 del Código Civil , se permita al garante, caso de contienda judicial, probar que el deudor principal ha pagado o cumplido su obligación con la consiguiente liberación de aquél, produciéndose así una inversión de la carga de la prueba, ya que no puede exigirse al beneficiario que acredite el incumplimiento del obligado principal, siendo suficiente, como se dice, la reclamación de aquel beneficiario para que nazca la obligación de pago del avalista».

Precisamente las reclamaciones abusivas y los límites de la accesoriedad constituyen todavía un caballo de batalla para nuestros tribunales, que en ocasiones arrojan pronunciamientos contradictorios, tal y como tendremos ocasión de comentar en los capítulos tercero y cuarto de este trabajo.

2. Las definiciones acogidas en los textos internacionales y europeos. ¿Hacia un concepto unitario de garantía independiente?

No puede hablarse de un concepto normativo propiamente dicho, pero lo cierto es que los distintos textos convencionales que se han elaborado sobre la garantía a primera demanda hacen pensar que la intención de los operadores jurídicos en general es la de unificar o, al menos, tratar de armonizar el tratamiento que debe darse a las garantías a primera demanda, en particular cuando estas se celebran con motivo de un contrato internacional.

A nivel español, carecemos de una norma que establezca el significado de las garantías a primera demanda. De hecho, el único texto legal que proporciona una regulación específica de esta modalidad contractual es la Convención de Naciones Unidas de 1995, que trata de forma unitaria tanto a las garantías independientes europeas como a las cartas de crédito contingente (*standby letters of credit*), configurándolas como una

¹¹¹ RJ 2000, 1162.

«promesa» (*undertaking*, en la versión inglesa del texto). Así, su artículo 2.1 contiene la siguiente definición:

«... una promesa es una obligación independiente asumida por un banco o alguna otra institución o persona (“garante/emisor”), de pagar al beneficiario una suma determinada o determinable a su simple reclamación o a su reclamación acompañada de otros documentos, con arreglo a las cláusulas y cualesquiera condiciones documentarias de la obligación, donde se indique, o de donde se infiera, que el pago se debe en razón de la omisión en el cumplimiento de una obligación, o por otra contingencia, o por dinero prestado o adelantado, o a raíz de una deuda vencida contraída por el solicitante o por otra persona».

En la publicación núm. 758 de la CCI se recoge un concepto amplio de garantía a primer requerimiento, que pretende abarcar a cualesquiera modalidades de garantías independientes o autónomas que estén presentes en el comercio internacional, al incluir en su artículo 2º a «cualquier garantía, fianza u otro compromiso de pago asumido, con independencia de su denominación o descripción»¹¹². Además, en el artículo 5 a) RUGD se define el concepto de independencia de la garantía:

«La garantía es por su naturaleza independiente de la relación subyacente y de la solicitud, y el garante no está afectado ni vinculado en forma alguna por dicha relación. Una referencia en la garantía a la relación subyacente con el propósito de identificarla no altera la naturaleza independiente de la garantía. El compromiso de un garante de pagar en virtud de la garantía no está sujeto a reclamaciones o excepciones derivadas de una relación distinta de la existente entre el garante y el beneficiario»¹¹³.

En los textos de *soft law* europeos, como los Principles of European Law (PECL)¹¹⁴ y más recientemente el Draft Common Frame of Reference (DCFR)¹¹⁵, se incluyen

¹¹² F. INFANTE RUIZ / D. DE MIGUEL HERNANDO, «Los contratos de garantía...», p. 378.

¹¹³ A. DÍAZ MORENO, «Las nuevas reglas uniformes de la CCI relativas a las garantías a primer requerimiento», *RDBB*, núm. 124, octubre-diciembre 2011, p. 19.

¹¹⁴ ULRICH DROBNIG et al. (ed.), *Principles of European Law on Personal Security (PEL Pers. Sec.)*, vol. 4, Munich, 2007, pp. 66 y 339-349.

referencias a las garantías personales independientes (*independent personal security* o *indemnity/independent guarantee*) y se subraya su carácter autónomo, conceptuándolas como «una obligación contractual asumida por una entidad aseguradora de realizar un pago, otra prestación distinta o bien de resarcir unos daños al acreedor, que no dependerá de la validez, de los términos ni de la extensión de la obligación que un tercero mantenga frente al acreedor» [art. 1:101.(b) PEL Pers. Sec. y IV.G.1:101.(b) DCFR] (la traducción es mía). Así pues, parecería que la intención de los académicos es la de apostar por una definición de las garantías personales independientes que sea capaz de abarcar todas las modalidades de garantías personales que compartan la ausencia de la relación accesoria propia de la fianza¹¹⁶.

3. Clases de garantías a primera demanda

Dentro de las garantías a primera demanda, los autores han realizado varias clasificaciones. Por su relevancia y consenso doctrinal, me gustaría destacar aquí los siguientes criterios de clasificación:

3.1 Según la forma de reclamación

Es habitual la distinción entre las garantías *a simple demanda*, en las que el pago queda condicionado únicamente a la existencia de una mera reclamación escrita del beneficiario que respete el contenido y el plazo de validez fijados en el contrato de garantía, y las garantías de *demanda documentaria* -también llamadas garantías documentarias, condicionadas o a demanda justificada-, en las que el pago depende de la presentación al garante de determinados documentos o certificaciones que justifiquen o refuercen la reclamación fundamentada en la garantía¹¹⁷.

¹¹⁵ C. VON BAR / E. CLIVE, (eds.), *Draft Common Frame of Reference*, Outline Edition, vol. II, Munich, 2009, pp. 367 y ss.

¹¹⁶ I. ZURITA MARTÍN, «Parte G. Garantías Personales, Capítulo 1: Disposiciones comunes», en A. VAQUER ALOY / E. BOSCH CAPDEVILA / M. SÁNCHEZ (coords.), *Derecho Europeo de los contratos: Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, Atelier, Barcelona, 2012, p. 1656.

¹¹⁷ S. SERRANO ESCRIBANO, «La Garantía a Primera Demanda», *Cuadernos de Estudios Empresariales* núm. 9, 1999, pp. 284 y 286-287., visitado el 15.3.15; J. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, *El contrato autónomo de garantía...*, pp. 47 y ss.; F. SACRISTÁN BERGIA, *El contrato de contragarantía (en el ámbito de las garantías bancarias autónomas a primera demanda)*, Dykinson, 2006, Madrid, pp. 14 y ss.

3.2 Según el objeto de la garantía

En función de la naturaleza de la obligación garantizada, podemos distinguir entre las garantías de pago, que son la contrapartida de la garantía de ejecución o cumplimiento; las garantías de ejecución (*performance guarantee*), en la que se garantiza la correcta ejecución del contrato; las garantías de mantenimiento de la ejecución (*maintenance bond*), en las que se pretende que el ordenante-deudor cumpla las obligaciones de mantenimiento adecuado de la obra realizada; las garantías de calidad (*warranty guarantee*), de naturaleza muy parecida a las anteriores, son aquellas en que se garantiza al beneficiario el cumplimiento por parte del vendedor-ordenante de las condiciones de calidad de las mercancías previstas en el contrato principal; las garantías de licitación o de mantenimiento de la oferta (*tender guarantee* o *bid bond*), cuya finalidad es evitar que el licitante-ordenante retire su oferta una vez que se le adjudicó la licitación o, en caso de aceptación de la oferta, se niegue a firmar el contrato dentro de plazo establecido; las garantías de devolución de anticipos o de reembolso (*advance payment guarantee* o *repayment bond*), pactadas para garantizar la restitución por parte del ordenante al beneficiario de las sumas que le fueron anticipadas por este con ocasión de la ejecución del contrato principal; y las garantías de retención de pago (*money retention guarantee*), en las que se busca asegurar al beneficiario, bien mediante la retención de parte del precio adeudado al ordenante bien mediante la constitución de una garantía bancaria por importe equivalente, que en caso de presentar vicios o defectos la obra ejecutada estos serán inmediatamente reparados por el ordenante, quien de no proceder a la reparación perdería el importe retenido o garantizado¹¹⁸.

4. Estructura. Concurrencia de la estructura obligacional triangular propia de toda relación de garantía

La doctrina científica coincide en encuadrar a la garantía autónoma a primera demanda dentro de las garantías personales. Además, es bastante pacífica la afirmación de que su

¹¹⁸ S.A. SÁNCHEZ LORENZO (coord.), *Práctica Profesional. Cláusulas en los contratos internacionales. Redacción y análisis.*, Barcelona, 2012, pp. 366 y ss.; J. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, *El contrato autónomo de garantía...*, pp. 47 y ss; J.M. BUSTO LAGO, *Las garantías personales atípicas...*, p. 80.

funcionamiento responde a una estructura obligacional triangular, dentro de la que deben distinguirse tres relaciones contractuales distintas¹¹⁹:

- a) La relación entre el acreedor-beneficiario y el deudor-ordenante, que recibe el nombre de relación de valuta o relación subyacente, se articula a través de lo que se conoce como el contrato principal o el contrato de base. Éste puede ser una compraventa, un contrato de suministro, un contrato de obra –construcción, llave en mano¹²⁰, ingeniería-, un contrato administrativo¹²¹, o incluso un contrato de arrendamiento. La existencia del contrato principal es, precisamente, aquello que motiva la constitución de la garantía. En este sentido, caben dos posibilidades: o bien que la garantía se constituya con posterioridad a la celebración de un contrato en que se establece la obligación del deudor de prestar una garantía a favor del acreedor, o bien que las partes pacten como condición previa para la celebración del contrato principal la prestación por parte del ordenante de una garantía bancaria de acuerdo con las instrucciones del beneficiario¹²².
- b) La relación entre el banco garante y el ordenante, calificada por BUSTO LAGO¹²³ como «relación de provisión», se articula a través de un contrato de contragarantía o contraaval¹²⁴. Éste es un contrato atípico, por lo que para conocer su contenido y el derecho aplicable será necesario una vez más intentar reconstruir la voluntad negocial de las partes. Su naturaleza ha sido ampliamente analizada por la doctrina, que en su mayoría lo asimila a un contrato de comisión mercantil

¹¹⁹ L. Díez-PICAZO / A. GULLÓN, *Sistema de derecho civil, vol. II., t. II. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*, Madrid, 10ª ed., 2012, p. 277; BUSTILLO SAIZ, *Sobre la atipicidad de las garantías a primera demanda...*, p. 17.

¹²⁰ Vid. A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Los contratos de construcción «llave en mano»...”, pp. 200-201.

¹²¹ En la contratación del sector público, la obligación de prestar garantías bancarias independientes se ha convertido en una condición legal para participar en el proceso de adjudicación, o bien en una posterior obligación del adjudicatario (arts. 95 y ss. RDL 3/2011, de 14 de noviembre, que viene a sustituir el anterior RDL 2/2000, de 16 de junio).

¹²² F. SACRISTÁN BERGIA, *El contrato de contragarantía...*, p. 39.

¹²³ El autor opta por esta denominación tanto en J.M. BUSTO LAGO, *Las garantías personales atípicas...*, p. 199, como en su obra colectiva J.M. BUSTO LAGO, «Contrato de garantía a primer requerimiento», R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (dir.), *Tratado de Contratos. Tomo IV*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 4772.

¹²⁴ Pese a que no aparece en el tráfico con una denominación uniforme, los modelos de las entidades bancarias y de crédito presentan contenidos similares, y normalmente son calificados como póliza de cobertura de garantía bancaria (BBVA), póliza en garantía de fianza o aval (DEUSTCHE BANK), póliza de contraaval (BANCO PASTOR, actualmente BANCO POPULAR), o póliza de contragarantía (BARCLAYS BANK). Ésta última denominación fue la utilizada por la SAP Zaragoza de 13.5.1999 (AC 1998, 5780).

indirecta¹²⁵, en virtud del cual la parte que es deudora en el contrato de base ordena al banco garante que emita una carta de garantía a favor de su acreedor. Si el banco acepta el encargo, se obligará a celebrar una garantía independiente a primera demanda con la persona designada por el deudor, siguiendo las instrucciones de éste, a cambio de una retribución. Pero no son esas las únicas obligaciones que asume el garante, pues en tanto que comisionista, este estará obligado a cumplir, frente al comitente, una serie de deberes de información (arts. 1720 CC, y 255 y 260 CCom): notificar al deudor en caso de que reciba una reclamación de pago, expresándole si a su juicio dicha reclamación es procedente o no, así como informarle si ha procedido a realizar el pago de acuerdo con la reclamación recibida o si, por el contrario, ha rechazado la reclamación, con indicación en este último caso de los motivos de la negativa. Asimismo, en interés del deudor, el garante deberá examinar con especial diligencia la reclamación del acreedor (art. 1719 CC) para verificar si se ajusta estrictamente a los términos y condiciones de la garantía; por el mismo motivo, se entiende que el garante tiene el deber de oponer la *exceptio doli* en los casos en que así proceda¹²⁶.

Por su parte, el ordenante se obliga, en virtud de este contrato, a restituir al banco garante las cantidades pagadas en ejecución de la garantía, así como a prestar las contragarantías que aseguren dicho reintegro; el reflejo de esta obligación es el derecho de regreso del garante¹²⁷.

- c) La relación entre el banco garante y el beneficiario, que es conocida como relación de garantía o de cobertura, se regirá por lo dispuesto en la carta o texto de la garantía, donde generalmente se incluirán cláusulas por las cuales el garante se

¹²⁵ Por todos, M.A. ALCALÁ DIAZ, «Función económica y naturaleza jurídica de las garantías bancarias...», p. 1815; J.M. BUSTO LAGO, «Bases doctrinales y jurisprudenciales para la configuración del contrato autónomo de garantía en el ordenamiento jurídico español: Las relaciones entre los sujetos del contrato», *Diario La Ley*, 2003, 12.5.2003, p. 3; M.C. NÚÑEZ ZORRILLA, *La problemática actual de las denominadas...*, p. 231; J. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, *El contrato autónomo de garantía...*, p. 154; J. SAN JUAN CRUCELAEGUI, *Garantías a primera demanda...*, p. 167; M. CERDÁ OLMEDO, *Garantía independiente (nueva forma de garantía personal realizable mediante simple reclamación del acreedor surgida de la praxis del comercio internacional)*, Comares, Granada, 1991, p. 92 (se refiere a arrendamiento de servicios o mandato). Una posición diferente es la sostenida por M. MEDINA DE LEMUS, *Práctica de contratación internacional*, Cámara de Comercio de Madrid, 2002, p. 207, que se refiere a la presencia de un contrato de crédito oneroso.

¹²⁶ Vid. *infra* capítulo IV, apartado 1.

¹²⁷ F. SACRISTÁN BERGIA / D. DE MIGUEL HERNANDO, «Los contratos de contragarantía», M. YZQUIERDO TOLSADA (dir.), *Contratos. Civiles, Mercantiles...*, pp. 535 y ss.

obliga frente al beneficiario al pago de una suma de dinero en el supuesto de que se produzca el presupuesto previsto para la ejecución de la garantía. En cuanto a su naturaleza, es pacífica la consideración de que por lo general, el garante asume una obligación propia consistente en mantener al beneficiario indemne de las consecuencias negativas de la falta o inexacta inexecución por parte del ordenante de una determinada prestación. Suele decirse que la relación de garantía se caracteriza por su independencia respecto de la relación de valuta existente entre el beneficiario y el ordenante. Sin embargo, las partes pueden modular esa independencia exigiendo una mayor o menor justificación en la reclamación. Además, la obligación de pago del garante está limitada, ya no tan solo por las condiciones que establezcan las partes en la carta de garantía (plazos para el pago¹²⁸, lugar en que debe realizarse o forma del mismo), sino también por el principio de buena fe, que exige no atender reclamaciones abusivas, y por la necesaria licitud del contrato principal. Por lo demás, el contrato de garantía recibirá una u otra denominación en función del objeto de la relación subyacente¹²⁹.

Este esquema demuestra que la figura que estamos analizando, a pesar de sus particularidades, comparte el esquema tradicional de las garantías personales, de manera que en cualquier caso intervendrán como mínimo tres sujetos, un banco o entidad aseguradora que ejercerá de garante, un ordenante de la garantía, y un beneficiario de la garantía. A partir de aquí pueden construirse una variedad de combinaciones y supuestos de hecho posibles, tales como las garantías subordinadas, las garantías agrupadas o las contragarantías, siendo este último el supuesto más habitual en el tráfico jurídico internacional¹³⁰.

¹²⁸ Si las partes no fijan un plazo para que el banco garante proceda al pago de la garantía, desde el momento en que se le notifica la reclamación, debe entenderse que este dispone de un plazo razonable de acuerdo con el principio de la buena fe (art. 1258 CC) y las reglas generales de determinación del tiempo en el cumplimiento de las obligaciones (art. 1128 CC). El art. IV.G.-3:103, en su apartado 3, fija un plazo de «siete días hábiles desde la recepción del requerimiento por escrito».

¹²⁹ Vid. *supra* capítulo II, apartado 2.2.2. Al respecto de la influencia de la relación subyacente en la relación de garantía, véase también M.C. NÚÑEZ ZORRILLA, *La problemática actual de las denominadas...*, pp. 48 y ss.; M. Cerdá Olmedo, *Garantía independiente (nueva forma de garantía personal...*, pp. 90 y ss.; así como J.C. Espigares Huete, *La garantía a primer requerimiento: mecanismos de defensa frente a las reclamaciones abusivas del beneficiario*, Real Colegio de España, Bolonia, 2006, pp. 123-124.

¹³⁰ El funcionamiento de las contragarantías, también conocidas como «garantías indirectas» o «garantías de segundo grado», es similar al de la subfianza. Lo que sucede normalmente es que, para dar mayor seguridad a la operación desde la perspectiva del beneficiario, interviene una entidad bancaria del país de

CAPÍTULO III – Naturaleza de las garantías autónomas

1. El carácter indemnizatorio de la obligación del garante

Entre quienes consideran el contrato autónomo de garantía a primera demanda como uno diferenciado de la fianza, que como ya hemos avanzado son la mayoría, es frecuente considerar que la obligación del garante es, en principio, distinta de la del deudor principal. En el sentido de que la deuda asumida por el garante tiene un carácter indemnizatorio, pues el garante siempre asume el pago de una cantidad de dinero para el caso de incumplimiento de las obligaciones del deudor principal, mientras que en la fianza lo habitual es que la obligación del fiador y la del deudor coincidan¹³¹. Para CARRASCO PERERA, las garantías a primera demanda cumplen en el tráfico una función de liquidez, dado que posibilitan una rápida satisfacción del interés del acreedor¹³². Así, según el autor¹³³ hay dos tipos de garantías a primera demanda: las garantías de «preliquidación» y las garantías de «incumplimiento». Las primeras que cumplirían la función económica de un depósito caucional, por lo que en ellas no se garantiza directamente la obligación del deudor principal, o mejor dicho, no dependen del incumplimiento efectivo por el deudor de su obligación principal. En palabras de ESPIGARES HUETE¹³⁴, en este tipo de garantías dinerarias equivalentes a un depósito caucional, el objeto de la garantía es asegurar al beneficiario una cantidad de dinero apenas tengan lugar determinadas eventualidades indicadas en el contrato, con el fin de destinar esta suma a un depósito de garantía o caución en dinero, y discutir después con seguridad los daños resarcibles. En efecto, estas garantías son las que reflejan mejor la idea del *solve et repete*, que conlleva posponer el reequilibrio de los desplazamientos patrimoniales injustos a un momento posterior a la ejecución de la garantía. Las

éste –garante de primer grado–, que actúa en función de las instrucciones del banco del ordenante –banco contragarante–. En particular, la contragarantía es aquella que exige el garante de primer grado, directamente obligado respecto al beneficiario designado por el ordenante, con la finalidad de asegurarse el reembolso de las cantidades que, llegado el caso, haya debido de pagar en ejecución de su propia obligación. Vid. J.M. BUSTO LAGO, «Contrato de garantía a primer...», p. 4800; A. DÍAZ MORENO, «Los trabajos de UNCITRAL en materia de garantías independientes internacionales», *RDM* núm. 207, enero-marzo 1993, p. 176.

¹³¹ SACRISTÁN BERGIA, «La oposición de excepciones por reclamación indebida...», p. 242.

¹³² A. CARRASCO PERERA, «Las nuevas garantías personales...», p. 687.

¹³³ A. CARRASCO PERERA, *Tratado de los derechos de garantía*, t. I, 2.ª ed., 2008, pp. 517-518.

¹³⁴ J.C. ESPIGARES HUETE, «La efectividad de la garantía «a primer requerimiento»: ¿fianza o garantía equivalente a un depósito caucional?», *Diario La Ley*, núm. 6636, año XXVIII, 24.1.2007, ref.ª D-22, p. 1604.

garantías de incumplimiento, por el contrario, equivaldrían a una fianza a primer requerimiento, por lo que su ejecución estaría condicionada al incumplimiento de la obligación principal por parte del deudor. Su tratamiento, por tanto, sería el mismo que el de la fianza accesoria, con la salvedad de la cláusula a primer requerimiento, que como veremos es perfectamente compatible con la accesoriedad de la garantía.

2. El significado de la inclusión de la cláusula de pago «a primera demanda»

Inicialmente, la inclusión de una cláusula de pago «a primera demanda» o «a primer requerimiento» en un contrato de garantía se consideraba un elemento tipificador que constataba la existencia de una garantía no accesoria o incondicionada. Quienes defendían esta postura sostenían que la cláusula a primera demanda llevaba implícita la renuncia por parte del garante a oponer las excepciones derivadas de la relación subyacente¹³⁵.

Hoy día, la mayoría de los autores considera que la inserción de la cláusula de pago a primer requerimiento no es, por sí sola, suficiente para descartar la presencia del contrato de fianza y entender que nos encontramos ante una garantía independiente, toda vez que dicha cláusula, singularmente considerada, no tiene el efecto de independizar la relación de garantía del contrato principal. En todo caso, afirman los defensores de esta interpretación, puede admitirse que cuando el contrato en cuestión sea una garantía personal, el hecho de que el garante se comprometa expresamente a pagar en el momento en que se produzca la reclamación del beneficiario constituye un indicio o una presunción *iuris tantum* del carácter autónomo de la garantía¹³⁶.

¹³⁵ M.M. BUSTILLO SAIZ, *Sobre la atipicidad de las garantías a primera demanda...* p. 39; M^a.P. PERALES VISCASILLAS, «La carta de crédito contingente. The Standby Letter of Credit», *RDBB* núm. 85, 2002, pp. 12-14; A. DÍAZ MORENO, «Las garantías a primer requerimiento en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *Estudios de Derecho bancario y bursátil en Homenaje a Evelio Verdura y Tuells*, t. I, II y III, La Ley, Madrid, 1994, pp. 627-650. Por su parte, la Introducción de las RUGD 458 definía a la garantía a demanda como aquella «en la que el pago queda condicionado únicamente a la existencia de una simple reclamación escrita del beneficiario».

¹³⁶ M.A. ALCALÁ DIAZ, «Función económica y naturaleza jurídica de las garantías bancarias...», p. 1810; A. DÍAZ MORENO, «Las garantías a primer requerimiento...», p. 126; R. MARIMÓN DURÁ, «La garantía independiente...», pp. 508-509.

La doctrina continental, en especial desde la admisión por parte del Tribunal Supremo Federal alemán (BGH) de la fianza a primer requerimiento¹³⁷ –la cual se configura como una figura mixta a caballo entre la fianza clásica y la garantía independiente–, es prácticamente unánime en considerar que la formulación del pago a primer requerimiento tiene un carácter universal «no determinante» y, por consiguiente, puede incluirse en una multiplicidad de contratos, incluso en aquellos que no son garantías personales¹³⁸. Así, para poder determinar si estamos ante una garantía independiente, ante una fianza, un seguro de caución o una promesa unilateral, es necesario analizar todos los elementos del contrato, que habrán de ser interpretados no sólo en su tenor literal¹³⁹ sino tomando en consideración los actos previos y posteriores de las partes¹⁴⁰. De este modo, únicamente podremos hablar de una garantía independiente si de una valoración global de la operación puede concluirse que la voluntad de las partes era la de excluir, de manera definitiva, la dependencia de la obligación de garantía respecto de la obligación garantizada. En este sentido, la doctrina suele exigir, además de la inclusión de la cláusula de pago a primer requerimiento, que en el contrato no figuren referencias a la relación entre el deudor y el beneficiario de la garantía, que se utilice la

¹³⁷ La construcción dogmática de la fianza a primer requerimiento (*Bürgschaft auf erstes Anfordern*) se atribuye principalmente, a las Sentencias del BGH de 2.5.1979 (BGHZ 74, 244, 247 (=WM, 1979, 457)) y de 21.4.1988 (BGH NJW 1988, 2610 (=WM, 1988, 934)); Vid. F. GRAF VON WESTPHALEN, *Die Bankgarantie im internationalen Handelsverkehr*, 2. Auflage, Heidelberg, 1990, p. 71, citado por F. INFANTE RUIZ / D. DE MIGUEL HERNANDO, «Los contratos de garantía...», pp. 393 y 395. En nuestro país, la jurisprudencia se ha mostrado contraria a la admisión de la fianza con cláusula de pago a primer requerimiento, y hasta el momento mantiene la tesis de que la cláusula de pago a primer requerimiento es incompatible con la fianza [SSTS 2.10.1990 (RJ 1990, 7464) y 15.4.1991 (RJ 1991, 2693)], por lo que su inclusión en un contrato de fianza o bien es considerada irrelevante [SAP Palencia 5.2.1996, citada por A. CARRASCO PERERA, «Aval a primer requerimiento. Comentario a la STS de 17 de febrero del 2000 (RJ 2000, 1162)», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* núm. 54/2000, Civitas, octubre-diciembre, 2000, p. 994.] o bien es interpretada en el sentido de que supone la transformación en una garantía independiente [STS 12.7.2001 (RJ 2001, 5159)]. La fianza a primer requerimiento es una figura que en nuestro país únicamente ha sido admitida por la Audiencia Provincial de Zaragoza en su Sentencia de 13.5.1998 (AC 1998, 5780). Precisamente en esta sentencia se puso de manifiesto que, para que pueda hablarse de un contrato autónomo de garantía, es necesario que el «aval» no se vincule al cumplimiento del contrato subyacente y que se haga renuncia a las excepciones derivadas del contrato principal.

¹³⁸ Vid. F. INFANTE RUIZ, «Valor de la cláusula de pago a primer requerimiento o a primera demanda. Comentario a la STS de 3 de mayo de 1999 (RJ 1999, 3366)», *RDPat*, núm. 4/2000, Aranzadi, Navarra, 2000.

¹³⁹ STS 30.3.2000 (RJ 2000, 2314).

¹⁴⁰ J.M. BUSTO LAGO, «Contrato de garantía a primer requerimiento», BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (dir.), *Tratado de Contratos. Tomo IV*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 4746; A. CARRASCO PERERA, *Tratado de los derechos de garantía...*, pp. 530-531. El autor rechaza una interpretación normativa de la cláusula a primer requerimiento mediante la que se establezca de modo necesario una determinada consecuencia en materia de inoponibilidad de excepciones, aunque reconoce que «la exigencia de efectividad en la interpretación (art. 1824 CC) obliga a atribuir normativamente algún efecto a las fórmulas simples de gpr, al menos mientras no estén contradichas por otras cláusulas del contrato o tengan que ceder ante cláusulas más cercanas a la verdadera interpretación de las partes».

denominación de «aval» o «garantía» en lugar de la de «fianza», así como que el garante renuncie expresamente a todas las excepciones derivadas del contrato subyacente¹⁴¹. BUSTO LAGO¹⁴² añade que también es necesario que no se requiera (para la ejecución de la garantía) la previa existencia de una sentencia o de un laudo arbitral que adveren el incumplimiento de las obligaciones del contrato de base por el deudor garantizado.

Al respecto del valor que debe atribuirse a la cláusula de pago a primer requerimiento, algunos autores como ALBALADEJO¹⁴³ afirman que dicha cláusula cumple una función estrictamente procesal, ya que supone una mera inversión de la carga de la prueba acerca de los presupuestos materiales que justifican la ejecución de la garantía. Es decir, que esta cláusula tiene como efecto que sea el garante el que deba probar que no se da el supuesto de hecho material para poder evitar el pago, pues se presume que la reclamación del beneficiario se fundamenta en un incumplimiento previo del deudor. Debe decirse que la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo se ha pronunciado en este sentido en varias ocasiones¹⁴⁴, y así lo han hecho también las Audiencias Provinciales en su mayoría¹⁴⁵. Otros autores identifican la cláusula de pago a primer requerimiento con la función de *solve et repete*, y afirman que dicha cláusula, además de permitir al beneficiario no tener que probar su derecho al pago, le mantiene indemne frente a cualquier excepción derivada de la relación subyacente que pudiera oponer el

¹⁴¹ J.M. DE LA CUESTA RUTE (dir.) / E. VALPUESTA GASTAMINZA (coord.), *Contratos Mercantiles, Tomo II*, Barcelona, 2ª ed., 2009, p. 1431; R. MARIMÓN DURÁ, «La garantía independiente...», p. 510; Véase también J.M. BUSTO LAGO, *Las garantías personales atípicas...*, pp. 130 y ss. En ocasiones, la renuncia a oponer excepciones derivadas de relaciones obligatorias distintas a la relación de garantía se articula mediante las expresiones «sin ninguna otra condición ni restricción», «sin excusa admisible» o «sin restricción de ningún tipo».

¹⁴² J.M. BUSTO LAGO, *Las garantías personales atípicas...*, pp. 81-82.

¹⁴³ M. ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho Civil, II, Derecho de obligaciones*, vol. II., Los contratos en particular y las obligaciones no contractuales, 14ª ed., Edisofer, Madrid, 2011, p. 891.

¹⁴⁴ Entre otras, SSTs 14.11.1989 (RJ 1989, 7878), 27.10.1992 (RJ 1992, 8584), 15.4.1999 (RJ 1999, 2693), 17.2.2000 (RJ 2000, 1162), 30.3.2000 (RJ 2000, 2314), 5.7.2000 (RJ 2000, 6010), 13.12.2000 (RJ 2000, 10438), y 12.7.2001 (RJ 2001, 5159).

¹⁴⁵ Entre otras, la SAP Guadalajara de 9.6.1997 (AC 1997, 1366), la SAP Madrid de 3.11.1997 (*La Ley-Actualidad* 1997, §.1157; *Act.Civ.* 1998-3, §.626) y la SAP Málaga de 18.2.1998 (AC 1998, 3752), todas ellas atribuyen a la cláusula a primer requerimiento el efecto de producir una inversión de la carga de la prueba, de modo que es sobre el garante sobre quien recae la prueba del adecuado cumplimiento de la obligación garantizada. En la misma línea, la SAP Asturias de 15.12.1998 (AC 1998, 2412) entendió que el avalista se comprometía a pagar «sin entrar a discutir la procedencia de la reclamación». Por su parte, la SAP Madrid de 16.7.1998 (AC 1998, 1801) consideró que la asunción de la obligación de pago «a primer requerimiento» por un avalista transformaba la naturaleza de la relación de garantía, imponiendo al garante la obligación de pagar, en todo caso, sin perjuicio de las acciones que, con posterioridad, pueda ejercitar.

fiador. De este modo, se logra posponer la discusión relativa a la corrección material de la reclamación: una vez efectuado el pago, el garante se dirigirá contra el beneficiario pudiendo hacer valer, ahora sí, cualquier argumento basado en el contrato principal que demuestre que el beneficiario no tenía derecho a recibir el pago. Suele decirse que la cláusula *solve et repete* supone una renuncia provisional a las excepciones del artículo 1853 CC, pues lo que se prohíbe al fiador en el momento de la reclamación, se le permite con posterioridad al pago de su prestación para recuperar la cantidad indebidamente cobrada por el beneficiario¹⁴⁶. Este es el esquema típico de la fianza a primer requerimiento.

Por el contrario, otro sector doctrinal identifica la cláusula de pago a primera demanda con una función sustancial de automatización del derecho al pago de la garantía. En otras palabras, los defensores de esta interpretación argumentan que el garante no sólo debe pagar a simple requerimiento sin poder oponer las excepciones derivadas del contrato de base, sino que, a diferencia del caso anterior, tampoco podrá hacer valer esas mismas excepciones *a posteriori* contra el beneficiario, por la vía del enriquecimiento injusto: la renuncia a la oponibilidad de excepciones es, por tanto, definitiva. Será el ordenante el que después de reembolsar al garante, deberá dirigirse contra el beneficiario para recuperar la suma desembolsada¹⁴⁷. Este esquema es precisamente el que opera en los casos en que se pacta una garantía independiente.

Dicho esto, es evidente que las consecuencias prácticas de la inclusión de una cláusula de pago a primer requerimiento en un contrato serán diferentes en función de la naturaleza del mismo, y que su significado deberá obtenerse atendiendo a los criterios de interpretación de los contratos que conocemos (arts. 1281-1289 CC). No obstante, se plantean aquí dos problemas: el primero es que la jurisprudencia no admite la fianza a primer requerimiento, por lo que acaba transformando la mayoría de esos contratos en

¹⁴⁶ A. CARRASCO PERERA, *Tratado de los derechos de garantía...*, p. 241; M. ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho Civil, II, Derecho de obligaciones*, vol. II., *Los contratos en particular y las obligaciones no contractuales*, 19ª ed., Edisofer, Madrid, 2011, p. 890; M.C. NÚÑEZ ZORRILLA, *La problemática actual de las denominadas...*, p. 92.

¹⁴⁷ F. INFANTE RUIZ / D. DE MIGUEL HERNANDO, «Los contratos de garantía...», p. 395. El automatismo en el pago es cada vez más cuestionado por la doctrina, que admite la posibilidad de moderar la regla del «*solve et repete*» para el caso de las reclamaciones fraudulentas, en que el banco garante está facultado para no pagar, y esperar a que sea el beneficiario el que le reclame judicialmente el cumplimiento de la garantía. F. SACRISTÁN BERGIA, *El contrato de contragarantía...*, p. 44.

garantías independientes incluso cuando la voluntad de las partes podría haber sido la de pactar una garantía accesoria; el segundo es que, a nivel doctrinal, más allá de considerar que la cláusula de pago a primer requerimiento constituye un fuerte indicio de la presencia de una garantía autónoma, no hay un criterio unánime al respecto del valor que debe atribuírsele a dicha cláusula como tal. Por lo demás, la estadística demuestra que, en nuestro país, son pocas las garantías independientes en las que no se incluye la cláusula de pago «a primer requerimiento»¹⁴⁸.

3. Atipicidad

La garantía a primera demanda como tal carece de regulación propia en nuestro ordenamiento, por lo que ha sido calificada por la mayoría de la doctrina como un supuesto de contrato atípico. Esta circunstancia no ha impedido, sin embargo, la expansión de la figura, que no se ha visto excesivamente afectada por posibles problemas de seguridad jurídica, si bien la asignación del derecho aplicable continúa siendo problemática en algunas ocasiones, especialmente cuando las partes no se someten expresamente a las RUGD 758. A falta de una regulación *ad hoc*, la creciente aceptación de las garantías independientes ha sido posible gracias a lo que los autores denominan «tipificación social»¹⁴⁹ –esto es, el hecho de que cada vez se emplean con más frecuencia en operaciones de carácter nacional–, así como a los intentos doctrinales y jurisprudenciales de inserción de la garantía en tipos contractuales admitidos en nuestro derecho positivo. Por lo que respecta al primer fenómeno, no hay duda de que tanto las iniciativas europeas de *soft law* (en especial, los PECL y el DCFR) como las regulaciones convencionales de la Cámara de Comercio Internacional han jugado un papel esencial, hasta el punto de que se ha dicho que, a pesar de no ser normas jurídicas, su uso continuado por los operadores jurídicos en las transacciones comerciales ha

¹⁴⁸ F. INFANTE RUIZ / D. DE MIGUEL HERNANDO, «Los contratos de garantía...», p. 376. La inclusión de la cláusula «a primer requerimiento» también parece ser habitual en la contratación internacional. Así, los modelos de la CCI para la emisión de garantías independientes ya incluyen dicha cláusula.

¹⁴⁹ L.F. CARRILLO POZO, *Las garantías autónomas en el comercio...*, p. 43; F. INFANTE RUIZ / D. DE MIGUEL HERNANDO, p. 381, «Los contratos de garantía...», con cita de la doctrina italiana, optan por el término «tipicidad social». En la misma línea, F. SACRISTÁN BERGIA, *El contrato de contragarantía...*, pp. 20-21.

hecho que alcancen un nivel de aceptación muy alto, pudiendo ser considerados algunos preceptos como verdaderos usos del comercio¹⁵⁰.

3.1 Reconocimiento normativo

En el ámbito interno, la falta de tipicidad no ha sido obstáculo para que algunas leyes y reglamentos incluyan referencias a las garantías personales «pagaderas a primer requerimiento», algunas de las cuales se configuran excluyendo las excepciones oponibles por el garante, y por tanto se separan de la fianza clásica. Así pues, encontramos referencias normativas a las garantías independientes -en su mayoría se refieren a los avales y a los seguros de caución «a primer requerimiento»- en los siguientes textos legales:

- a) El Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados (TRLOSSP), que se refiere en su Disposición adicional primera al «seguro de caución a favor de las Administraciones Públicas», el cual se configura como forma de garantía. Asimismo, en la letra *c* se establece que «el asegurador no podrá oponer al asegurado las excepciones que puedan corresponderle contra el tomador del seguro»¹⁵¹.
- b) El Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSPP), que establece en su artículo 97.1, para las garantías prestadas por tercero, que «las personas o entidades distintas al contratista que presten a favor de éste no podrán utilizar el beneficio de excusión a que se refieren los artículos 1.830 y concordantes del Código Civil». Por otra parte, en el apartado tercero, letra *c* del

¹⁵⁰ Según F. INFANTE RUIZ / D. DE MIGUEL HERNANDO, «Los contratos de garantía...», p. 385, algunos de los preceptos contenidos en las URDG, como aquellos recogen la definición de la garantía a primera demanda y su caracterización esencial como garantía independiente, pueden tener la consideración de *consuetudo* admitida generalmente en la práctica de estas garantías.

¹⁵¹ Las primeras manifestaciones del reconocimiento de las garantías «a primer requerimiento» se sitúan a mediados de los años noventa, en el ámbito de la contratación de las Administraciones Públicas, y en particular, en la Disposición Adicional segunda de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, actualmente sustituida por la presente disposición.

precepto, se prohíbe al asegurador de un seguro de caución oponer al asegurado las excepciones que puedan corresponderle contra el tomador del seguro.

- c) El Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RLCAP), que en su artículo 56 establece los requisitos de las garantías constituidas mediante aval bancario, recoge entre ellos la solidaridad y el pago a primer requerimiento de la Administración Pública beneficiaria de la garantía¹⁵². Para las garantías constituidas mediante seguro de caución, entre los requisitos que anuncia el artículo 57 se encuentran la obligación del asegurador de indemnizar a primer requerimiento de la Caja de Depósitos, y la imposibilidad de oponer al asegurado las excepciones que puedan corresponderle al asegurador contra el tomador del seguro.
- d) La Orden del Ministerio de Economía y Hacienda ECO/2120/2002, de 2 de agosto, que desarrolla el Real Decreto 161/1997, de 7 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de la Caja General de Depósitos, precisa en su artículo 15 que las garantías prestadas a favor de las Administraciones Públicas sólo se admitirán en la modalidad de aval cuando el avalista sea una entidad de crédito o una sociedad de garantía recíproca, y además los avales reúnan una serie de requisitos, a saber: que el aval sea solidario respecto al obligado principal, con renuncia expresa a los beneficios de excusión y división y pagadero a primer requerimiento de la Caja; asimismo, se exige que el aval sea de duración indefinida, en el sentido de que permanezca vigente hasta que el órgano a cuya disposición se constituya resuelva declarar la extinción de la obligación garantizada y la cancelación del aval.
- e) La Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (LOE), que en su artículo 19.3 incide en el carácter independiente del seguro de caución como garantía de las responsabilidades de los agentes que intervienen en el proceso de edificación, al requerir dos condiciones: la asunción del asegurador de indemnizar

¹⁵² La SAP Cádiz de 27.3.2006 (JUR 2006, 196189), con motivo de la discusión planteada acerca de la calificación que debían merecer estos avales, confirmó que se trataba de una garantía a primer requerimiento.

al asegurado «al primer requerimiento», y la inoponibilidad de excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el tomador del seguro.

- f) La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), que en su artículo 64 prevé que la «caución podrá otorgarse en dinero efectivo, mediante aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca o por cualquier otro medio que, a juicio del tribunal, garantice la inmediata disponibilidad, en su caso, de la cantidad de que se trate».
- g) El Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, admite en su artículo 7.3 letra *e* –en relación con el artículo 9 letra *a*¹⁵³– la posibilidad de prestar un «aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca o por cualquier otro medio que, a juicio del órgano jurisdiccional correspondiente, garantice la inmediata disponibilidad, en su caso, de la cantidad consignada».
- h) Finalmente, la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial, modificó la redacción del artículo 591 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim), que con relación a las formas de aseguramiento de las responsabilidades civiles *ex delictum*, establece ahora que «la fianza podrá ser personal, pignoratícia o hipotecaria, o mediante caución que podrá constituirse en dinero efectivo, mediante aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca o por cualquier medio que, a juicio del Juez o Tribunal, garantice la inmediata disponibilidad, en su caso, de la cantidad de que se trate».

¹⁵³ Este artículo tiene su origen en la modificación efectuada por la DF 13ª LEC de la DA única de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre.

4. ¿Unilateralidad?

Han sido varios los autores que han conceptualizado la garantía autónoma a primera demanda como un contrato unilateral o una promesa independiente. BUSTO LAGO¹⁵⁴ recoge la definición dada en la doctrina austríaca por SCHINNERER y AVANCINI, quienes configuran la garantía como un «contrato obligatorio unilateral que, con carácter general, sirve para garantizar la prestación de un tercero a favor del acreedor beneficiario, de manera que se asegura a este último que recibirá, en todo caso, la prestación o la suma de dinero contractualmente establecida, y esto no sólo en la hipótesis de incumplimiento del tercero sino también en el caso en que la obligación del deudor principal no llegue a tener existencia o bien devenga imposible». SAN JUAN CRUCELAEGUI¹⁵⁵, tomando como referencia las Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 1989 y de 8 de mayo de 1991¹⁵⁶, apuesta por la consideración de la obligación del garante como una promesa de pago unilateral e irrevocable. INFANTE RUIZ y MIGUEL HERNANDO¹⁵⁷ acuden a la siguiente definición, proveniente de la jurisprudencia alemana y que ha sido tomada como punto de partida por dos autores consagrados como son CANARIS y HORN: «promesa independiente (*selbständige Versprechen*) por la que un sujeto se responsabiliza frente a otro a que un determinado resultado jurídico o de hecho o una amenaza de un daño futuro no se hará realidad».

Generalmente, la justificación ofrecida por aquellos que defienden el carácter unilateral de la garantía a primera demanda subyace en el hecho de que en la práctica, la emisión de la garantía suele ser la condición para la celebración del contrato garantizado, si bien el que exige la prestación de la garantía y que después será su beneficiario normalmente no participa directamente en el proceso de su obtención, puesto que ya habrá expresado su voluntad en las negociaciones precontractuales mantenidas con el deudor en aras a formalizar el contrato principal (en las cuales habrá podido pronunciarse sobre los plazos, la forma y el contenido de la garantía que deba prestarse para asegurar el

¹⁵⁴ J.M. BUSTO LAGO, *Las garantías personales atípicas...*, p. 79, y del mismo autor, «Contrato de garantía a primer requerimiento...», p. 4741.

¹⁵⁵ J. SAN JUAN CRUCELAEGUI, *Garantías a primera demanda...*, pp. 164, 248-253.

¹⁵⁶ RJ 1989, 7878 y RJ 1991, 3577, respectivamente. Ambas sentencias se basan en el principio de libertad de pacto del art. 1255 CC y en el paralelismo de la figura con el crédito documentario.

¹⁵⁷ F. INFANTE RUIZ / D. DE MIGUEL HERNANDO, «Los contratos de garantía...», p. 379.

cumplimiento de dicho contrato). Tal y como señala BUSTO LAGO¹⁵⁸, en muchas ocasiones la garantía surge a través de una declaración de voluntad unilateral promisoria del garante frente al beneficiario, que se realiza en ejecución de un contrato concluido previamente con el ordenante. De acuerdo con esta teoría, la garantía se constituye en el momento de la emisión por parte del banco garante de la carta de garantía en favor del beneficiario, siendo a partir de ese momento que surge un compromiso firme del primero frente al segundo. Y es que los usos del tráfico jurídico internacional¹⁵⁹ han contribuido a generalizar la idea de que no es necesaria la aceptación expresa por parte del beneficiario para que la garantía sea eficaz, pues el silencio del beneficiario se entiende como aceptación tácita al haberse celebrado previamente un contrato con el ordenante en el que normalmente se contiene la exigencia de constitución de la garantía.

Pues bien, en nuestro Derecho este planteamiento parece difícil de sostener. Ello es así principalmente por dos motivos: en primer lugar, porque el artículo 1089 CC no reconoce la declaración de voluntad unilateral como fuente de obligaciones, de modo que antes de la aceptación, esta es esencialmente revocable y por lo tanto, de ella no deriva ninguna obligación. Así pues, si bien podría admitirse que por la declaración unilateral de voluntad el emitente adquiere un deber moral de llevar a cabo la prestación prometida, la existencia de una relación obligatoria genuina requiere, además, la adquisición de un derecho por otra persona, cosa que no sucede aquí, puesto que en nuestro ordenamiento nadie puede adquirir derechos sin manifestar su voluntad en ese sentido¹⁶⁰.

En segundo lugar, porque el artículo 1261 CC exige el consentimiento de los contratantes para que podamos hablar de la formación de un verdadero contrato, y el artículo 1262.1º define al consentimiento como la concurrencia de la oferta y de la

¹⁵⁸ J.M. BUSTO LAGO, *Las garantías personales atípicas...*, pp. 177-178.

¹⁵⁹ En el art. 6 RUGD 458 se establecía: «La garantía produce efectos desde la fecha de su emisión, salvo que expresamente en ella se prevea que su eficacia se producirá en una fecha posterior o estará sujeta a condiciones especificadas en la garantía y determinables por el garante sobre la base de cualquier documento en ella especificado». Actualmente, el art. 4 RUGD 758 sigue el mismo criterio, al establecer en su letra c: «El beneficiario puede presentar un requerimiento desde el momento de emisión de la garantía, o desde un momento o a partir de un hecho posterior si así lo prevé la garantía».

¹⁶⁰ L. Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Vol. II. Las relaciones obligatorias*, Civitas, 6ª ed., Madrid, 2008, p. 169. Frente a este planteamiento, parte de la doctrina ha defendido la admisión de la voluntad unilateral como fuente de obligaciones, postura que goza del respaldo de los Principios del Derecho Europeo de Contratos, cuyo art. 2.107 establece que: «una promesa realizada con la voluntad de quedar legalmente vinculado sin aceptación es vinculante».

aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato¹⁶¹. Asimismo, en base a la regla contenida en el artículo 1827 CC, se ha dicho que el garante únicamente resultará obligado a pagar la suma convenida en la carta de garantía si concurre la aceptación expresa del beneficiario de la garantía, tanto sobre el contenido de la carta como sobre la persona del deudor¹⁶². Por todo ello, debe entenderse que la oferta de garantía que realiza el banco es una declaración contractual de naturaleza recepticia, y por tanto hasta el momento en que el beneficiario reciba la propuesta u oferta de garantía el banco está facultado para dejarla sin efecto, a menos que la hubiese emitido con carácter irrevocable¹⁶³.

Cuestión distinta al momento en que debe entenderse constituida la garantía¹⁶⁴ es si en atención a la estructura obligacional del contrato autónomo de garantía, este debe ser calificado o bien de sinalgmático o bien de unilateral. Dicho de otro modo, nada impide calificar la figura como un contrato unilateral si por ello entendemos que es un

¹⁶¹ El 1262.2º dice que: Hallándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe. El contrato, en tal caso, se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta. Y el 1262.3º: En los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación. Desde la entrada en vigor de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico, la misma solución se aplica en el caso de los contratos mercantiles (art. 54 CCom).

¹⁶² Esta es la interpretación que debe aplicarse a tenor de lo establecido por la jurisprudencia, que exige que las declaraciones de voluntad de constitución de la garantía sean expresas y claras, siendo necesario el concurso de la oferta y la aceptación para que nazca una verdadera obligación para el fiador; de lo contrario, sostiene el Tribunal, estamos ante una mera oferta contractual, que puede ser revocada de no mediar plazo. Vid. SSTs 23.3.1988 (RJ 1988, 2422) y 16.12.1985 (RJ 1985, 6442). L. Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil...*, p. 495, se ha mostrado crítico con este planteamiento, pues asegura que la necesidad de que la fianza posea carácter expreso sólo se deduce respecto de la voluntad del fiador, no resultando legalmente exigible respecto de la declaración de voluntad de aceptación del acreedor.

¹⁶³ J. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, *El contrato autónomo de garantía...*, p. 273; J.M. BUSTO LAGO, *Las garantías personales atípicas...*, p. 184. En el caso de las garantías bancarias, lo habitual es precisamente que se emitan de forma irrevocable, como demuestra el art. 4 letra b RUGD 758: «Una garantía es irrevocable desde su emisión incluso cuando no lo indique».

¹⁶⁴ En este punto resulta pertinente traer a colación el debate sobre el momento en el cual se entiende constituida la fianza. En este sentido, L. Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil...*, pp. 493-494, ha declarado que se trata de un negocio jurídico plurilateral que queda formado por la voluntad de las partes, de forma que si bien cabe la posibilidad de que deudor y fiador lleguen a un acuerdo sobre la fianza, no existirá una verdadera obligación del fiador frente al acreedor hasta que no se produzca la aceptación de este, la cual es *conditio iuris* para la completa formación del negocio jurídico, que es a su vez revocable conjuntamente por quienes lo han realizado. Dicho esto, el autor parece admitir la constitución unilateral de la fianza, al afirmar que la declaración de voluntad del fiador, realizada con causa suficiente, constituye a éste en garante de la deuda. En favor de calificar la obligación del garante como un negocio jurídico unilateral, A. DÍAZ MORENO, «Las garantías a primer requerimiento...», p. 137; F. SÁNCHEZ CALERO, «Ponencia general» en *Las garantías a primer requerimiento...*, pp. 117-150 y 138-139. Por su parte, J. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, *El contrato autónomo de garantía...*, p. 267, defiende el carácter verdaderamente contractual que asumen las garantías a primera demanda (en base a su analogía respecto al contrato de fianza regulado en el CC), requiriéndose la aceptación por el acreedor para adquirir la condición de beneficiario.

contrato que únicamente genera obligaciones para una de las partes, en este caso para el garante. Esto es lo que sostiene de forma prácticamente unánime la doctrina en base un razonamiento que en términos generales debe admitirse como válido. En efecto, tal y como puso de relieve J. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE¹⁶⁵, la unilateralidad de la figura es consecuencia del hecho de que «del contrato sólo deriva una obligación concreta a cargo de una de las partes, el banco garante, de pagar una suma de dinero, mientras que la actividad que las estipulaciones del contrato imponen al beneficiario –se refiere aquí a la presentación de los documentos fijados en el contrato de garantía–, son pactos que pretenden garantizar que el crédito que se corresponde con esa única obligación va a ejercerse en el marco de lo pactado, asegurando en la medida de lo posible que la reclamación del beneficiario se fundamenta en la existencia de un daño económico cierto y contemplado en el contrato de garantía». Así pues, el beneficiario de la garantía, al igual que ocurre en la fianza, asume *cargas*, que se convierten en condiciones de ejercicio de sus derechos contra al garante, pero cuyo cumplimiento no puede ser exigido por el garante ni tampoco puede este reclamarle daños y perjuicios en caso de incumplimiento. Con todo, en méritos del principio de autonomía de la voluntad, podría el acreedor obligarse frente al garante a realizar una determinada conducta –por ejemplo, la concesión de un crédito– respecto del deudor, como contraprestación a la concesión de la garantía, en cuyo caso cabría admitir el carácter sinalagmático de la relación de garantía¹⁶⁶.

5. No derogación de la subsidiariedad

Una de las primeras cuestiones que debe resolverse con carácter previo a determinar la concurrencia o no del elemento de la subsidiariedad en las garantías independientes es el significado mismo de la subsidiariedad. En este sentido, si atendemos a su causa-función, debemos decir que toda garantía es en esencia subsidiaria, en tanto en cuanto se constituye para reforzar al acreedor de los riesgos de incumplimiento de la obligación principal, de modo que el garante o fiador asume siempre una obligación de «segundo

¹⁶⁵ J. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, *El contrato autónomo de garantía...*, pp. 144-145. Esta definición ha sido acogida prácticamente de un modo literal por INFANTE RUIZ Y MIGUEL HERNANDO, «Los contratos de garantía...», p. 386, para quien los requisitos documentarios que se imponen a la reclamación del beneficiario son aspectos formales del supuesto de hecho que da lugar a la obligación de pago del garante y derivan de la buena fe contractual (art. 1258 CC), siendo normas incardinables en la «buena fe objetiva».

¹⁶⁶ CARRASCO PERERA, *Tratado de los derechos de garantía...*, p. 231.

grado» que solamente debe *activarse* cuando se produce el supuesto de hecho garantizado. Asimismo, en base a los planteamientos defendidos por la mejor doctrina, resulta imprescindible distinguir entre la subsidiariedad interna y la subsidiariedad externa. La primera, afirman gran parte los autores¹⁶⁷, es una característica común de todo contrato de garantía y se refiere a la relación entre el garante y el deudor; en particular, se entiende que en cualquier garantía la obligación del garante tiene carácter subsidiario respecto de la obligación garantizada, dado que la reclamación del beneficiario solo está justificada si hay un incumplimiento previo del deudor principal (art. 1822 CC). En cambio, la subsidiariedad externa alude a la relación frente al acreedor, o mejor dicho, a la forma en que el acreedor puede reclamar su crédito.

Pues bien, en el caso de la fianza, tradicionalmente se ha identificado el principio de subsidiariedad con la verificación del incumplimiento de la obligación principal. De este perspectiva, se ha dicho acertadamente que la regulación legal de la fianza configura a ésta como esencialmente subsidiaria, y que la nota de subsidiariedad no desaparece incluso en los casos en que las parten excluyen el beneficio de excusión (art. 1830 CC)¹⁶⁸ o pactan una fianza solidaria¹⁶⁹ (art. 1822.2º CC).

¹⁶⁷ Siendo la fianza el paradigma de las garantías personales, una importante corriente doctrinal concibe la subsidiariedad como un elemento esencial de toda clase de fianza, con independencia del modo en que la obligación de garantía sea asumida por el garante. En este sentido se han pronunciado, entre otros, L. Díez-PICAZO / A. GULLÓN, *Sistema de derecho civil, vol. II., t.II...*, p. 259; J. DELGADO ECHEVARRÍA, J.L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil*, II, 2, 3ª. ed., Dykinson, Madrid, 2005, pp. 322, 342-344; V. GUILARTE ZAPATERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, XXIII, 1979, p. 19, y A. CASANOVAS MUSSONS, *La relación obligatoria de fianza*, Bosch, Barcelona, 1984, p. 16. En contra de este planteamiento, A. CARRASCO PERERA, *Tratado de los derechos de garantía...*, p. 72. Otros autores, entre los que destaca M. ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho Civil II. Derecho de obligaciones*, 14ª ed., Madrid, 2011, p. 891, identifican el concepto de subsidiariedad con el beneficio de excusión del art. 1830 CC, y como quiera que dicha facultad del fiador no concurre siempre y en todos los casos, entienden que la subsidiariedad es una característica natural o normal, mas no esencial, de la obligación de garantía. Una tesis distinta, que ya fue defendida en A. CARRASCO PERERA, *Fianza, accesoriedad...*, pp. 74-78, y es reiterada por el mismo autor en su obra colectiva *Tratado de los derechos de garantía...*, pp. 102 y ss., es aquella que sostiene que la subsidiariedad, al igual que la solidaridad, no es otra cosa que un modo de asumir el fiador la obligación de garantía. Con todo, las tesis señaladas parecen aproximarse si atendemos al principio interpretativo que recoge A. CARRASCO PERERA, *Tratado de los derechos de garantía...*, pp. 103 y 107 en virtud del cual se presume que toda fianza pactada como solidaria es en realidad una fianza subsidiaria en la que se excluye el beneficio de excusión. Finalmente, una corriente minoritaria niega que la subsidiariedad sea un requisito básico de la fianza, independientemente de la concurrencia del beneficio de excusión; en esta línea, vid. SSTs 2.6.1976, 14.12.182.

¹⁶⁸ La distinción entre la subsidiariedad *pura* y la subsidiariedad *con beneficio de excusión* es admitida por la mejor doctrina: A. CARRASCO PERERA, *Tratado de los derechos de garantía...*, p. 107; L. Díez-PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil...*, p. 483; A. CASANOVAS MUSSONS, *La relación obligatoria...*, p. 16; y por una parte cada vez más importante de la jurisprudencia: entre otras, vid. STS 21.4.1931 (RJ 1931, 2024) y Sentencia del Juzgado Mercantil nº 1 Las Palmas 9.4.2010 (JUR 2010, 130951). Otra distinción que suele utilizarse es aquella que diferencia entre la subsidiariedad en la relación con el

En el marco de las garantías autónomas a primera demanda, cabe preguntarse si el hecho de que no se exija al beneficiario la prueba del incumplimiento del deudor ni tampoco se permita al garante oponer en ningún momento al acreedor las excepciones de la relación subyacente (al margen de la *exceptio doli* que explicaremos en el siguiente capítulo), conlleva una supresión de la nota de subsidiariedad en este tipo de garantías¹⁷⁰. La respuesta a esta cuestión, en mi opinión, debe ser negativa, por diversos motivos. En primer lugar, porque si admitimos que estamos ante un verdadero contrato de garantía, cuya función es el aseguramiento de los riesgos del acreedor, debemos admitir también que la obligación del garante es necesariamente subsidiaria (en el sentido de subsidiariedad *interna*), toda vez que solamente debería entrar en juego si hay un previo incumplimiento o un cumplimiento defectuoso por parte del deudor¹⁷¹. Así, el hecho de que las partes pacten que la garantía en cuestión, ya se trate de un fianza ordinaria o solidaria o de una garantía autónoma, será pagadera a primer requerimiento no equivale a afirmar que el garante se sitúa en la misma posición que el

contrato subyacente y la subsidiariedad en la ejecución de la garantía (SAP Guipúzcoa 9.12.1999 (AC 1999, 2590)).

¹⁶⁹ Con motivo de la fianza solidaria, la postura del Tribunal Supremo ha sido la de distinguir la relación externa entre fiador y acreedor de la relación interna entre deudor y fiador, admitiendo que en el primer caso resultan aplicables las normas de la solidaridad, mientras que en el segundo se aplicarían en todo caso las notas típicas de la fianza. En este sentido se han pronunciado, entre otras, las SSTs 28.12.1987 (RJ 1987, 9655); 23.3.1988 (RJ 1988, 2422); 16.9.1988 (RJ 1988, 6693) y 22.7.2002 (RJ 2002, 7476). En la misma línea, en las SSTs 27.11.1986 (RJ 1986, 6616) y 5.2.1992 (RJ 1992, 830) el Alto Tribunal se encargó de recordar que la fianza, también aquella que se configura como solidaria, no pierde nunca su carácter accesorio y subsidiario. Este razonamiento, que a mi modo de ver resulta acertado, podría predicarse igualmente respecto de las garantías independientes.

¹⁷⁰ A favor de esta tesis se encuentran A. TAPIA HERMIDA, La carta de crédito “standby”, AA.VV., *Instituciones del Mercado Financiero. Contratos Bancarios. Vol. II. Operaciones de activo y pasivo*, La Ley-Actualidad, Madrid, 1999, p. 1008. El autor mantiene la misma postura en *Derecho bancario*, Cálamo, Barcelona, 2002, pp. 207-208, donde incide en el carácter abstracto, imperativo y esencialmente revocable de las garantías a primera demanda. En la misma línea, vid. L. DELGADO DE MOLINA, «Las garantías a primer requerimiento», *RGD*, núm. 585, 1993, pp. 5721-5723; A. DÍAZ MORENO, «Las garantías independientes en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», AA.VV., *Estudios de Derecho Bancario...*, t. I., Madrid p. 643; con bastantes matizaciones, A. CARRASCO PERERA, «Las nuevas garantías personales...», pp. 732 y ss.

¹⁷¹ En este sentido se han pronunciado, entre otros, V. GUILARTE ZAPATERO, «Comentario a los artículos 1822-1256 del Código civil», *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, t. II., Madrid, 1991, pp. 1783-1784, y M.M. BUSTILLO SAIZ, *Sobre la atipicidad de las garantías a primera demanda...*, p. 62. El razonamiento sería distinto si afirmásemos que el contrato de garantía es, en realidad, un contrato de asunción o intercesión cumulativa de deuda, en el cual el garante responde en calidad de obligado principal; en este sentido, vid. E. ESTRADA ALONSO, *Las garantías abstractas en el tráfico civil y mercantil*, Civitas, Madrid, 2000, pp. 193 y ss. En la SJM nº1 Las Palmas de 9.4.2010 el juez sentencia que se pierde la subsidiariedad «cuando se expresa que el fiador asume la deuda ajena "como propia", o "como si del mismo deudor se tratase", o que la obligación del fiador es "alternativa" o que el acreedor dispone de la "opción" de reclamar indistintamente la obligación del deudor principal o la obligación del fiador».

deudor principal, sino que más bien constituye un indicio de que estamos ante una garantía no accesoria en la que el fiador no podrá oponer las excepciones que le corresponderían al deudor principal en virtud del contrato subyacente.

En segundo lugar, porque el hecho de que las partes de una operación trilateral como es la garantía diseñen el orden de ejecución de las obligaciones del garante y del deudor frente al acreedor en el nivel de la solidaridad, de modo que otorguen al acreedor la posibilidad de reclamar indistintamente del deudor principal o del garante, es perfectamente admisible en nuestro ordenamiento, que reconoce la viabilidad de la fianza solidaria (art. 1822 CC). Asimismo, esta circunstancia no impide que con posterioridad al pago se produzca un reequilibrio patrimonial, es decir, no afecta a la organización interna de las relaciones entre garante y deudor. En la fianza, el fiador que ha pagado tiene derecho a ser indemnizado por el deudor (art. 1838 CC). La diferencia con el contrato autónomo de garantía es que, en este caso, el deudor, al no poder oponer las excepciones derivadas del contrato principal, no tendrá otra opción que reembolsar al garante la cantidad que éste pagó al acreedor, de manera que únicamente en caso de empobrecimiento injusto estará facultado el deudor para accionar contra el acreedor.

En tercer lugar, porque también en las garantías independientes, al margen de la configuración del supuesto garantizado¹⁷², el incumplimiento del deudor principal -en sentido amplio- debe entenderse siempre como presupuesto de la reclamación. Lo que sucede es que, según la mayoría de los autores, dicho incumplimiento no tiene por qué haberse materializado¹⁷³, sino que se presume con la presentación de la reclamación. Así, un sector de la doctrina entiende que la ejecución de la obligación del garante presupone un previo incumplimiento o un incumplimiento defectuoso de la obligación garantizada, toda vez que ello constituye el supuesto de hecho material de la obligación de garantía.

¹⁷² Vid. *supra* capítulo II, apartado 3.1.

¹⁷³ Algunos autores como M.M. BUSTILLO SAIZ, *Sobre la atipicidad de las garantías...*, pp. 60 y ss., hablan de un incumplimiento en sentido amplio y otros como M.C. NÚÑEZ ZORRILLA, *La problemática actual de las denominadas...*, p. 121, ponen el acento en la producción del supuesto garantizado entendido como insatisfacción del interés del acreedor en la relación principal, el cual podrá concretarse «en un incumplimiento estricto, en la existencia de un daño económico, en la no obtención del resultado esperado, o en la simple sospecha de que el daño o incumplimiento va a producirse».

Llegados a este punto convendría hacer tres consideraciones: 1º. Pese a la utilidad de la presunción, no es correcto decir que el incumplimiento del deudor principal no tiene por qué haberse materializado, ya que de ser así la reclamación no estaría justificada y, por consiguiente, no debería atenderse. En otros términos, el garante solamente resulta obligado a pagar cuando se produce el supuesto de hecho de la garantía; en caso contrario, estaríamos ante una reclamación indebida o fraudulenta que no debería ser atendida por el banco garante. Ello sería predicable, a mi modo de ver, incluso en los casos en que se incluya el pacto de solidaridad en el texto de garantía¹⁷⁴. 2º. Siendo posible que el mecanismo de pago de la garantía se active con la simple reclamación escrita del beneficiario¹⁷⁵, ello no quiere decir que el banco no deba comprobar la producción del supuesto de hecho, pues los deberes de información y diligencia en el examen de la reclamación derivados de su relación contractual con el ordenante le obligan a realizar una mínima comprobación sobre la concurrencia del presupuesto material de la garantía –examinando, en su caso, los documentos que le presenten tanto el ordenante como el beneficiario en caso de haberse pactado una garantía documentaria–. Precisamente, en aras a conseguir una aplicación efectiva principio de buena fe consagrado en el artículo 7.1 del Código civil, así como de evitar posibles abusos en las reclamaciones, sería deseable que se utilizaran preferentemente garantías documentarias, en las que se exigiese al beneficiario que acompañase la reclamación de ciertos documentos que permitan al banco verificar con facilidad que se ha producido el

¹⁷⁴ Algunos autores afirman que cuando la garantía se pacta como solidaria, de modo que se obliga al garante a pagar al simple vencimiento de la obligación principal y no se le permite exigir al acreedor ningún tipo de declaración o justificación documental de su derecho en base al contrato principal, el incumplimiento del deudor deja de ser parte del supuesto de hecho de la ejecución de la obligación de garantía. Vid. J.M. BUSTILLO SAIZ, *Sobre la atipicidad de las garantías a primera demanda...*, p. 61, con cita de A. CARRASCO PERERA, «Las nuevas garantías personales...», p. 733. El autor mantiene el mismo criterio en *Tratado de los derechos de garantía*, t. I..., pp. 103 y 541. Pero esta interpretación no es del todo acertada, puesto que si admitiésemos que en las garantías *a simple demanda* no es necesario que se produzca un incumplimiento por parte del deudor, estaríamos eliminando la posibilidad de oponer la *exceptio doli*, y lo que es más importante, estaríamos contraviniendo el fundamento mismo de las garantías personales.

¹⁷⁵ Vid. *supra* capítulo II, apartado 3.1. Huelga decir que el beneficiario deberá realizar una valoración de los hechos previa a la presentación de la reclamación al banco garante, y solamente si hecha dicha valoración considera que existe fundamento material para reclamar la ejecución de la garantía, deberá formular la reclamación de pago al banco garante. En este sentido, Cf. J. SAN JUAN CRUCELAEGUI, p. 275: «el beneficiario de la garantía, si estimara que el ordenante de la misma no ha dado adecuado cumplimiento a sus obligaciones derivadas del contrato subyacente garantizado, podrá proceder a la formulación de la reclamación del pago de la suma cubierta por la garantía con respeto a las reglas para una adecuada reclamación de dicho pago, entre las que no se contiene requisito alguno de índole formal y, asimismo, deberá adjuntar aquellos documentos que las partes hubieran pactado como condición para dicha reclamación del pago de la garantía»; M.C. NÚÑEZ ZORRILLA, p. 92 y 121, admite la procedencia de la reclamación del beneficiario basada siquiera en la mera sospecha, por parte de éste, de que el incumplimiento puede producirse.

supuesto de hecho, o, como mínimo, garantías justificadas, en las que se exigiera al beneficiario que en la notificación al banco garante incluya la afirmación de que se ha producido el supuesto de hecho cubierto en el documento de la garantía 3º. El hecho de que se presuma el incumplimiento del deudor resulta de utilidad, en todo caso, para diferenciar la solidaridad como un modo de organizar las obligaciones de las garantías solidarias propiamente dichas¹⁷⁶. Así pues, de no presumirse el incumplimiento del deudor, parece claro que estaríamos ante una simple obligación solidaria y no ante un contrato de garantía. 4º. En caso de controversia sobre si el riesgo cubierto por la garantía se ha verificado o no, se entiende que es una cuestión de interpretación que corresponde al tribunal de instancia competente en cada caso¹⁷⁷.

Con todo, resulta prácticamente ineludible admitir que en las garantías independientes se produce una atenuación de la subsidiariedad fideusoria. Los autores que se muestran partidarios de dicho planteamiento basan su argumentación en la cláusula que impide al garante oponer las excepciones del artículo 1853 CC, la cual como sabemos constituye una manifestación de la falta de accesoriedad de estas garantías. El razonamiento es el siguiente: dado que el garante debe pagar *a primer requerimiento* del acreedor, sin poder entrar a valorar las vicisitudes del contrato principal y estando el pago únicamente condicionado a la reclamación –que en principio debe atenderse a menos que sea manifiestamente fraudulenta–, la obligación del garante se aleja de la rigurosidad del carácter subsidiario de la fianza, acercándose a planteamientos más propios de las obligaciones solidarias¹⁷⁸. Esta tesis resulta, a mi modo de ver, mucho más convincente que la anterior, esto es, que la que afirmaba que la garantía independiente conlleva la supresión de la subsidiariedad. Pese a ello, siguen siendo válidas las matizaciones anteriormente realizadas, a las que cabe añadir el hecho de que, en base al principio de

¹⁷⁶ A. CARRASCO PERERA, *Tratado de los derechos de garantía*, t. I..., p. 102; M.A. PÉREZ ALVAREZ, *Solidaridad en la fianza*, Aranzadi, Pamplona, 1985, pp. 114 y 120. En el mismo sentido, M.C. NÚÑEZ ZORRILLA, *La problemática actual de las denominadas...*, p. 87: «Fianza solidaria y solidaridad son cosas distintas, se rigen por normas propias y en realidad sólo ofrecen como nota común la posibilidad de que en el primer caso, el acreedor tiene que dirigirse sin observar ningún orden contra el deudor principal o contra el fiador, y en el segundo, contra cualquiera de los obligados...O si se quiere, la fianza es un tipo de obligación caracterizada por su objeto (cumplir por un deudor principal), mientras que la solidaridad no es propiamente una obligación, sino un modo de obligarse».

¹⁷⁷ STS 11.2.2010 (RJ 2010, 879).

¹⁷⁸ R. MARIMÓN DURÁ, «La garantía independiente...», pp. 495 y ss.

autonomía de la voluntad y libertad de pacto, las partes de una garantía independiente podrían acordar una configuración subsidiaria de la misma en cuanto a su ejecución¹⁷⁹.

5.1 El valor del pacto de solidaridad

Una vez determinada la presencia de la nota de subsidiariedad en las garantías independientes, resulta pertinente analizar el valor que debe atribuirse al llamado pacto de solidaridad, que en no pocas ocasiones se incluye en el texto de la garantía y que consiste normalmente en una renuncia del garante al beneficio de excusión¹⁸⁰.

Varios autores han defendido la improcedencia de incluir dicho pacto en las garantías independientes, si bien por motivos diversos. Unos alegan que la solidaridad es incompatible con este tipo de garantías: en síntesis, afirman que la solidaridad solamente podría pactarse en el marco de una fianza, dado el carácter accesorio de la obligación del fiador, pero no cuando se trata de una garantía independiente, en la que deudor y garante son titulares de obligaciones propias que nacen de títulos distintos (del contrato principal y del contrato de garantía, respectivamente), motivo por el cual no se le podría exigir al garante que asuma solidariamente la obligación del deudor principal ni tampoco a éste que asuma la obligación del primero. Siguiendo este razonamiento, la inclusión de dicha cláusula en el contrato impediría calificarlo como garantía independiente y obligaría a entender que se trata de una garantía accesorio¹⁸¹. En el lado

¹⁷⁹ Así, en la SAP Guipúzcoa 9.12.1999 (AC 1999, 2590), se pactó un aval bajo la forma de «garantía independiente», aval que era ejecutivo a primera demanda, y se estableció que su cumplimiento estaba condicionado al previo agotamiento de dos avales anteriores estipulados para garantizar las operaciones entre ambas compañías. Para un resumen de la sentencia, vid. R. MARIMÓN DURÁ, «La garantía independiente...», p. 497.

¹⁸⁰ No obstante, en ocasiones el clausulado es algo confuso por lo que será la autoridad judicial la que, en cada caso, deberá valorar cual era la verdadera intención de las partes de la operación. A modo de ejemplo, vid. STS 12.11.2014 (RJ 2014, 6866), en la que en un supuesto de compraventa de una parcela que debía entregarse urbanizada, las partes compradora y vendedora pactaron que la primera *“entregará a la vendedora aval financiero hasta la cantidad pendiente de pago, expedido por entidad bancaria de primer orden, solidariamente, con renuncia a los beneficios de división, excusión y orden, hasta la recepción provisional de las obras de urbanización por la Corporación y por un periodo máximo de vigencia de tres años, que será ejecutable a primer requerimiento a la entidad avalista de la parte vendedora...”*. En la misma línea, SAP Madrid 28.10.2014 (JUR 2015, 19599).

¹⁸¹ J. SAN JUAN CRUCELAEGUI se muestra claramente contrario a la inclusión del pacto de solidaridad en las garantías independientes: «La solidaridad es característica típica y posible de la fianza cuando así es pactada por las partes, en clara conexión y conformidad con el carácter de accesoriedad de aquella, por lo que parece, ya desde un principio, característica inadecuada para un tipo contractual como es el de las garantías independientes, que se destaca por su carácter principal» (p. 229). El mismo autor subraya que cuando se pacta de forma expresa la renuncia de los beneficios de división y excusión en la carta de

opuesto, algunos autores sostienen que la garantía a primer requerimiento ya es solidaria *per se*, razón por la que carece de sentido configurarla convencionalmente como solidaria¹⁸².

Otros afirman que al amparo del artículo 1140 CC, que permite la existencia de la solidaridad «aunque los acreedores y deudores no estén ligados del propio modo y por unos mismos plazos y condiciones», debe admitirse la configuración de las garantías autónomas como garantías solidarias¹⁸³. Siempre y cuando se cumplan una serie de condiciones, a saber: que la diversidad de las prestaciones de deudor y garante no afecte sustancialmente a la identidad de las mismas, de modo que el derecho o deber se refiera a la prestación íntegra (sin división del crédito ni de la deuda), que la prestación solo se haga efectiva una vez por uno de los obligados, quedando de esta forma satisfecho el interés del acreedor *con el primer cumplimiento total*, y que se respete el límite a la extensión de la obligación de garantía que establece el artículo 1826.1º CC («El fiador puede obligarse a menos, pero no a más que el deudor principal, tanto en la cantidad como en lo oneroso de las condiciones»).

Por su parte, un sector de la doctrina defiende que en caso de que en un contrato de garantía se incluya tanto la cláusula de inoponibilidad de excepciones como el pacto de solidaridad, hay dos opciones: o bien considerar que el ordenante y el garante han decidido obligarse solidariamente, con independencia de su obligación propia, a

garantía, al tratarse de nociones relativas al concepto de fianza, ello puede «suponer una presunción o un indicio en favor de la apreciación de una fianza», si bien matiza que «la fuerza de dicha presunción puede ser compensada si la renuncia al uso de excepciones es formulada de manera generalizada incluyendo toda clase de excepciones posibles o imaginables» (p. 230).

¹⁸² J.M. BUSTILLO SAIZ, pp. 61-62; A. CARRASCO PERERA, *Tratado de los derechos de garantía*, t. I..., p. 541, reconoce que en el mercado pueden encontrarse gpr (garantías a primer requerimiento) solidarias y subsidiarias, si bien matiza que en tanto que «solidaridad y subsidiariedad en la fianza sólo se refieren al modo de articular la obligación de pago del garante, y no comporta otras consecuencias, en el fondo acaba perdiendo toda utilidad práctica distinguir entre solidaridad y subsidiariedad cuando se ha pactado una forma de pago a pr»; A. DÍAZ MORENO, «Las garantías a primer requerimiento en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», AA.VV, *Estudios de Derecho Bancario...*, t. I, Madrid, 1994, pp. 638 y 643-644.

¹⁸³ El principal obstáculo esgrimido por los autores contrarios a la configuración de las garantías independientes es el de que las prestaciones de garante y deudor no son idénticas, lo cual supondría una vulneración de los presupuestos estructurales de la obligación solidaria, que exige identidad de objeto en las obligaciones de garante y deudor. Sin embargo, se ha extendido en la doctrina la opinión de que en el caso de las garantías solidarias se aplica una solidaridad *especial o imperfecta*, que se rige por normas específicas, alejándose de esta forma del régimen típico de las obligaciones solidarias que prevé el Código civil, y permite que la prestación de los deudores solidarios pueda tener distinto objeto. Vid. L. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial...*, pp. 204-206; M.C. NÚÑEZ ZORRILLA, *La problemática actual de las denominadas...*, pp. 88 y ss.

garantizar el cumplimiento de la obligación del otro; o bien admitir que mediante la inclusión del pacto de solidaridad las partes únicamente pretendían fortalecer la posición del beneficiario¹⁸⁴. Es esta última solución la que, a mi modo de ver, se ajusta más a una realidad en la que la falta de regulación específica de la figura conduce a las partes a incluir en el contrato una serie de cláusulas -en ocasiones de forma desafortunada- con la sola intención de reforzar la independencia de la obligación de garantía.

6. Falta (relativa) de accesoriedad

Es común entre los autores sostener que la garantía a primera demanda no participa de la nota de accesoriedad nada más que en el sentido de que su génesis obedece a su función de aseguramiento y, por tanto, es auxiliar o complementaria de otro negocio principal¹⁸⁵. Sin embargo, la accesoriedad entendida en el sentido previsto por el Código Civil para la fianza, como delimitadora de la obligación asumida por el fiador,

¹⁸⁴ J.M. BUSTO LAGO, *Las garantías personales atípicas...*, pp. 149-151, con cita de la doctrina y la jurisprudencia francesa: M. VASSEUR, «Garantie indépendante», *Encyclopédie Dalloz. Répertoire Droit Commercial*, Vol. IV, 30.4.1984/1990 (mise à jour); «Note» a App. París 10.1.1986, I.R., p. 155; Asimismo, vid. F. BONELLI, «Le garanzie bancarie “a prima domanda”», *Le garanzie contrattuali (Fideiussione e contratti di garanzia nella prassi interna e nel commercio internazionale)* (contributi raccolti a cura di U. DRAETTA e C. VACCÀ; introduzione di G. Bernini), EGEA-Giuffrè Editore, Milano, 1994, pp. 199-238. En nuestro país, el Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre el alcance de la obligación del fiador solidario, entre otras, en la Sentencia de 22.7.2002 (RJ 2002, 7476), en la que el Tribunal parece defender la tesis de que la inclusión del pacto de solidaridad, en la práctica, coloca al fiador en una posición de igualdad frente al acreedor garantizado, respecto de la que tiene el deudor fiado. Los términos literales de la Sentencia fueron éstos: «En cuanto a lo primero, tiene declarado esta Sala que «el Código Civil no impone al acreedor la obligación de informar de cada una de las vicisitudes del crédito a los fiadores solidarios, y éstos deben desde que contraen la fianza, no nace su obligación cuando aquel crédito no es satisfecho. Carece de la más mínima base legal no considerar como deudor al fiador solidario hasta que no se produce el incumplimiento; entonces lo que tiene que hacer es cumplir, no constituirse en deudor» (STS 16-6-1999 [1999, 4475] en recurso 3123/1994); así como que «el aval o fianza solidaria es una institución establecida para el derecho del acreedor al cobro de la deuda que no se refiere a la obligación subjetiva radicante en la persona del deudor, sino a la deuda misma que deberá pagarse por los avalistas en defecto del deudor principal... El deudor principal es un tercero en la relación obligacional entre el acreedor y el fiador, como así lo dice expresamente el párrafo primero del artículo 1822 del Código Civil..., aparte de que cuando el fiador lo es con carácter solidario, como ocurre en el caso aquí enjuiciado, el acreedor puede dirigirse directamente contra éste, sin tener que hacer reclamación previa o simultánea alguna al deudor principal» (STS 10-4-1995 [1995, 3254] en recurso 551/1992)».

¹⁸⁵ R. ECHENIQUE GORDILLO, «Las garantías bancarias internacionales: algunas consideraciones», *RDBB* núm. 5, 1982, pp. 147 y ss.

es ajena a la garantía, motivo por el cual suele decirse que esta falta de accesoriedad es aquello que le otorga carta de naturaleza a las garantías independientes¹⁸⁶.

Dicho esto, antes de adentrarnos en la explicación sobre las consecuencias que la falta de accesoriedad supone para la garantía autónoma a primera demanda, considero imprescindible hacer un par de consideraciones previas: 1º. No existiendo un concepto técnico unitario de accesoriedad, debe entenderse que la mera existencia de limitaciones o atenuaciones al carácter accesorio de la fianza no implican necesariamente una salida del tipo, puesto que el propio régimen legal que disciplina esta figura admite esa posibilidad¹⁸⁷. 2º. Dentro de las garantías autónomas a primera demanda, las partes tienen libertad para diseñar el texto de la garantía en función de sus intereses, por lo que pueden modular la accesoriedad de las mismas, según establezcan una mayor o menor dependencia entre la obligación de garantía y la obligación garantizada –por ejemplo, exigiendo al beneficiario que, además de la reclamación escrita, presente una serie de documentos que permitan verificar el incumplimiento del deudor–.

Son muchos los autores que, en base al régimen legal de la fianza, coinciden en entender la accesoriedad como una característica que supone la subordinación de la obligación del fiador, en su nacimiento (art. 1822 CC), existencia (art. 1824 CC), extensión (arts. 1826 y 1827 CC), subsistencia (arts. 1835 y 1839 CC), transmisión (arts. 1212 y 1528 CC), ejecución (art. 1853 CC) y extinción (art. 1847 CC), a los avatares de la obligación principal afianzada; de modo que la fianza existe y subsiste en función de la obligación que garantiza¹⁸⁸.

Pues bien, tomando como base esta delimitación del concepto de accesoriedad, parece bastante claro que las garantías independientes deben calificarse como no accesorias. En primer lugar, porque la obligación asumida por el banco garante nace con

¹⁸⁶ Vid., entre otras, las SSTs 11.7.1983 (RJ 1983, 4209); 14.11.1989 (RJ 1989, 7878), 21.10.1992 (1992, 8584), que al referirse a la no accesoriedad recurren al concepto de la abstracción; 17.2.2000 (RJ 2000, 1162); 4.12.2009 (RJ 2010, 271); 26.10.2010 (RJ 2010, 7603) y 10.6.2014 (RJ 2014, 4365).

¹⁸⁷ En este sentido, M.A. ALCALÁ DIAZ, «Función económica y naturaleza jurídica de las garantías bancarias...», pp. 1805 y ss. Sobre la fianza «a primer requerimiento», vid. *supra* capítulo III, apartado 2; en relación con la fianza solidaria, vid. *supra* capítulo III, apartado 5.

¹⁸⁸ J.I. FONT GALÁN, «Los contratos mercantiles...», p. 427; M.C. NÚÑEZ ZORRILLA, *La problemática actual de las denominadas...*, p. 96; F. INFANTE RUIZ / D. DE MIGUEL HERNANDO, «Los contratos de garantía...», pp. 389-392; M.A. ALCALÁ DIAZ, «Función económica y naturaleza jurídica de las garantías bancarias...», p. 1803.

independencia de la eficacia y de la existencia de un previo contrato, que puede estar concluido o por concluir¹⁸⁹. En segundo lugar, porque a diferencia de lo que sucede en la fianza, en la que existe identidad entre las prestaciones debidas por el deudor y el fiador, en la garantía independiente el garante asume una obligación propia y diferenciada de aquella asumida por el fiador. Decimos por tanto que el garante más que asegurar en sentido técnico el exacto cumplimiento de la obligación del deudor, se obliga por sí mismo a asegurar, mediante el pago de una cantidad de dinero, la satisfacción del interés económico del beneficiario comprometido por el incumplimiento del deudor principal¹⁹⁰. De este modo, la relación entre garante y acreedor no se configura en relación con el derecho garantizado, sino en atención al contenido del propio contrato de garantía, sin perjuicio de la prohibición de obligarse *in durio rem causam*, que también resulta aplicable a las garantías independientes y que supone que el garante no puede obligarse a más que el deudor principal (art. 1826 CC)¹⁹¹.

En tercer lugar, porque en las garantías independientes no se permite al garante oponerse a la reclamación del pago de la garantía en base a las excepciones que competan al deudor principal y sean inherentes a la deuda, no siendo de aplicación el

¹⁸⁹ En todo caso, debe advertirse que tal y como señalan F. INFANTE RUIZ / D. DE MIGUEL HERNANDO, «Los contratos de garantía...», p. 390, se parte de una apariencia de una relación jurídica válida, puesto que de prestarse la garantía con conocimiento de que esa relación nunca va a existir podría hablarse de una falta de causa del contrato de garantía –lo que llevaría a declarar la nulidad del mismo- e incluso de un caso de simulación, ya fuese total o parcial, en función del fin que persiguieren las partes con la formalización del contrato de garantía (art. 1276 CC). Otros autores como J. SAN JUAN CRUCELAEGUI, *Garantías a primera demanda...*, p. 243, sostienen que en caso de que no existiera una obligación que afianzar o que la obligación afianzada fuese nula –por un vicio de consentimiento o de capacidad de los firmantes, por ejemplo- o se hubiese resuelto dicha obligación, esas circunstancias no se transmitirían al contrato de garantía.

¹⁹⁰ Inciden en esta nota diferenciadora F. SACRISTÁN BERGIA, «La oposición de excepciones por reclamación indebida...», p. 242, según el cual la obligación del garante se reduciría al pago de la cantidad expresada en la carta de garantía, pero no se extendería al pago de los intereses y otros daños y perjuicios que el deudor debiera pagar como consecuencia de su incumplimiento; M.A. ALCALÁ DIAZ, «Función económica y naturaleza jurídica de las garantías bancarias...», p. 1805; J. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, *El contrato autónomo de garantía...*, p. 100. Véase también G. PORTALE, «El contrato autónomo de garantía (causalidad y abstracción en el Garantievertrag)», RDBB, núm. 39, julio-agosto 1990, pp. 629-664. Como mínimo en el plano teórico, se admite la posibilidad de que el garante opte por terminar la prestación de hacer del deudor, pero como en la mayoría de los casos el garante será una entidad financiera lo habitual será que ésta indemnice económicamente al acreedor por los daños y perjuicios sufridos a consecuencia del incumplimiento del deudor. Vid. *supra* capítulo III, apartado 1.

¹⁹¹ El hecho de que esta prohibición se aplique a las garantías independientes se explica por la circunstancia de que no constituye una consecuencia ni una característica de la accesoriadad, sino más bien una exigencia de la causa de la garantía, que como reitera la doctrina, también está presente en esta nueva figura. En contra de esta postura, M.A. ALCALÁ DIAZ, «Función económica y naturaleza jurídica de las garantías bancarias...», p. 1803.

artículo 1853 CC. De hecho, solía decirse que el garante únicamente podrá oponer al beneficiario aquellas excepciones derivadas del contrato de garantía, pues la idea fundamental de estas garantías era que no debía admitirse la oposición de excepciones fundadas en una relación jurídica bilateral a un tercero que no formaba parte de la misma ni participó en su configuración¹⁹². Actualmente, como veremos en el capítulo siguiente, este planteamiento debe matizarse.

En cuarto y último lugar, porque la garantía independiente no se extingue con el contrato principal, sino que lo hace por sus propias causas: renuncia del beneficiario, acuerdo extintivo, acuerdo de condonación o remisión, compensación, pago de la garantía, expiración del período de validez de la garantía, verificación de un hecho establecido en el texto de la garantía como condición resolutoria, etc¹⁹³. El carácter no accesorio de la relación de garantía justifica que, en algunos casos, las partes pacten una *cláusula de supervivencia*, que asegure la subsistencia de la garantía en los casos de desaparición de las relaciones subyacente y de cobertura, si bien el contenido de dicha cláusula podría entenderse incluido de forma implícita dentro de la exclusión de excepciones¹⁹⁴.

¹⁹² La exclusión de las excepciones provenientes de relaciones ajenas también es una consecuencia que la doctrina atribuye al principio de relatividad de los contratos (art. 1257.1 CC), y de la esencial independencia de los mismos.

¹⁹³ Vid. Arts. 11 y 18 Convención UNCITRAL 1995.

¹⁹⁴ R. MARIMÓN DURÁ, «La garantía independiente...», p. 494.

CAPÍTULO IV - Los límites a la falta de accesoriedad. La oposición a la ejecución de la garantía

Inicialmente, se había dicho que la falta de accesoriedad conllevaba la imposibilidad por parte del banco garante de oponer, ante la reclamación del beneficiario, cualesquiera otras excepciones que no fuesen las pertenecientes a la misma relación de garantía. Se argumentaba, en esta línea, que el carácter independiente de la obligación de garantía impedía a la entidad bancaria valorar la procedencia del pago. De esta manera, se llegaba a una conclusión a todas luces injusta, y es que incluso en aquellos casos en los que había motivo para no atender la reclamación de pago del acreedor porque el deudor principal no había incumplido, el banco debía efectuar el pago igualmente¹⁹⁵.

Actualmente, este planteamiento debe rechazarse. Así pues, debe aceptarse que el banco garante oponga al beneficiario, además de las excepciones derivadas del contrato de garantía, otras excepciones fundamentadas en el contrato principal o en el contrato de comisión que une al garante y al ordenante. Se han ampliado, por tanto, las posibilidades de defensa del garante, lo cual conlleva automáticamente una mayor protección de los intereses legítimos del deudor. Todo ello ha venido reforzado, además, por la posibilidad, reconocida por algunas Audiencias Provinciales, de que, a petición del deudor, se adopten medidas cautelares, como la suspensión de la ejecución de la garantía o el embargo preventivo del derecho de crédito que ostenta el beneficiario frente al banco garante, cuando se cumplan los presupuestos exigidos por la legislación procesal y la jurisprudencia¹⁹⁶.

¹⁹⁵ J. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, *El contrato autónomo de garantía...*, p. 104; A. CARRASCO PERERA, *Fianza, accesoriedad...*, p. 133; M.C. NÚÑEZ ZORRILLA, *La problemática actual de las denominadas...*, pp. 100-101.

¹⁹⁶ La adopción de medidas cautelares en las garantías autónomas ha sido muy criticada por R.C. PELAYO JIMÉNEZ, «En torno a la medida cautelar...», pp. 130 y ss., y ha provocado una división en la doctrina de las Audiencias Provinciales. Así, un sector minoritario se ha mostrado favorable a acordar la suspensión de la garantía, solicitada en el marco de un litigio entre el garantizado y el beneficiario sobre el contrato principal, siempre y cuando en la demanda del deudor exista «apariencia de buen derecho» y «peligro de mora procesal»; en este sentido se han pronunciado, entre otros, los Autos AP Madrid de 23.1.2012 (JUR 2012, 96015) y de 17.9.2008 (AC 2008, 2031); y los de AP Barcelona de 23.3.2011 (JUR 2011, 201690) y 9.1.2012 (JUR 2012, 88861). En sentido contrario a la adopción de la medida cautelar de suspensión de la ejecución, se han pronunciado los Autos AP Madrid de 10.12.2008 (JUR 2009, 88860), 11.6.2010 (AC 2010, 1248), y 18.2.2011 (JUR 2011, 159387), entre otros. El argumento utilizado para denegar la suspensión de la ejecución es que dicha medida resulta contraria a la naturaleza jurídica del aval a primer requerimiento, ya que desconoce su carácter distinto, autónomo, independiente y no accesorio. Este es el planteamiento defendido en la actualidad por el Tribunal Supremo, que fija doctrina jurisprudencial en la STS de 17.7.2014 (RJ 2014, 4083).

1. La protección de los intereses del deudor ante reclamaciones indebidas: *la exceptio doli*

En sede de ejecución, la oposición por reclamación indebida sigue siendo sin lugar a dudas la excepción más comentada, y la que refleja mejor el mantenimiento de la nota de accesoriedad en las garantías autónomas. Sin embargo, todavía hoy día no está claro cual debe ser el contenido de lo que se ha venido a llamar la *exceptio doli* o excepción de abuso¹⁹⁷: por ejemplo, ¿deben entenderse incluidos dentro de este concepto todos los supuestos en los que la reclamación del beneficiario resulta injustificada por no haberse producido el incumplimiento del deudor principal, o solamente se refiere al caso de que se aprecie un ánimo fraudulento o una actuación dolosa del beneficiario en la presentación de la reclamación?. En ambos casos, está claro que la consecuencia es la misma: el garante no debe atender la reclamación de pago del acreedor. Sin embargo, resulta razonable pensar que no puede tratarse de la misma forma al acreedor que reclama de buena fe sin conocer que el deudor ha cumplido, que al acreedor que falsifica la documentación presentada para obtener el pago; en este segundo caso, además de paralizarse la ejecución de la garantía, debería aplicarse una sanción al acreedor que desincentive la repetición de la conducta antijurídica¹⁹⁸.

¹⁹⁷ Con carácter general la oposición de la *exceptio doli* es admitida por la jurisprudencia en la mayoría de los países. En nuestro país, el TS ha admitido con carácter general la viabilidad de la *exceptio doli*, entre otras, en las Sentencias de 13.10.1989 (RJ 1989, 6916), de 27.11.1998 (RJ 1998, 9324), de 17.2.2000 (RJ 2000, 1162), de 29.4.2002 (RJ 2002, 7024), y de 12.11.2003 (RJ 2003, 8408). A nivel doctrinal, el reconocimiento también ha sido prácticamente unánime: en este sentido puede verse J. SAN JUAN CRUCELAEGUI, *Garantías a primera demanda...*, pp. 166 y 323; M.C. NÚÑEZ ZORRILLA, *La problemática actual de las denominadas...*, p. 272; J. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, *El contrato autónomo de garantía...*, pp. 396-397; A. CARRASCO PERERA, *Fianza, accesoriedad...*, pp. 246 y ss; J.M. BUSTO LAGO, *Las garantías personales atípicas...*, p. 232 y ss. Sobre la utilización del concepto de abuso de derecho, J. SAN JUAN CRUCELAEGUI, *Garantías a primera demanda...*, p. 330, destaca que «aun cuando se pueda sostener en términos conceptuales que el abuso de derecho es noción más amplia que el fraude y la mala fe, y por lo mismo diferente, en lo relativo a la reclamación del pago de las garantías independientes aparecen con denominaciones diferentes de una misma realidad».

¹⁹⁸ Otra de las discusiones habituales sobre la excepción de abuso es la relativa a si en estos casos el banco garante tiene una facultad para negarse al pago –y, por consiguiente, puede decidir pagar aun siendo abusiva la reclamación del beneficiario, y después repetir con éxito contra el ordenante– o si por el contrario resulta obligado a ello –con la consecuencia de que si decide pagar perdería su derecho a exigir al deudor el reembolso de la cantidad indebidamente desembolsada-. En favor de esta segunda postura, F. SACRISTÁN BERGIA, «La oposición de excepciones por reclamación indebida...», pp. 247-248, quien argumenta que el garante antes de pagar al beneficiario debe examinar por iniciativa propia la corrección de la reclamación y su procedencia conforme al texto de la garantía otorgada, además de informar de la reclamación de ejecución al ordenante. En este contexto, sostiene el autor que «si se da una situación en la que por la información y pruebas que tiene el garante este conoce la improcedencia de la reclamación de la garantía, el banco no debe pagar automáticamente para reclamar el reintegro al

Al margen del debate sobre el ámbito de aplicación de la *exceptio doli*, no hay dudas sobre la razón de ser de la misma. Su existencia está motivada por la necesidad de evitar un abuso del derecho de crédito por parte del beneficiario de la garantía, que en ocasiones puede verse tentado a reclamar el pago al banco garante, a sabiendas de que no tiene que probar el incumplimiento del deudor, toda vez que la presentación de la reclamación en la forma prevista en el texto de la garantía se beneficia de la presunción *iuris tantum* de que el deudor ha incumplido, así como de la renuncia contenida en la carta de garantía a la oposición de excepciones que tengan su origen en la relación subyacente. La posibilidad de oponer la *exceptio doli* se explica en primer término en base al mismo fundamento de la garantía, que como es sabido se constituye para cubrir al acreedor de los riesgos del incumplimiento del deudor. Adicionalmente, esta posibilidad encuentra su razón de ser en el principio de la buena fe que debe regir el ejercicio de los derechos, tal y como recuerdan los artículos 7 del Código Civil y 111-7 del Código Civil de Cataluña. Aun no siendo un argumento tan utilizado como los anteriores, también puede fundamentarse la viabilidad de la *exceptio doli* en el artículo 11.2 LOPJ, que establece que «los Juzgados y Tribunales rechazarán fundadamente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal».

La posibilidad de oponer con éxito la *exceptio doli* está condicionada, empero, al hecho de que el garante pruebe la existencia de los motivos que fundamentan la oposición al pago. En particular, se dice que el garante debe disponer de «pruebas líquidas» («*present evidence*»), es decir, medios de prueba que permitan demostrar de forma cierta e inequívoca el carácter doloso o abusivo de la pretensión del acreedor¹⁹⁹. Dado que el instituto de la *exceptio doli* no cuenta con una regulación autónoma en Derecho positivo, no hay una formulación universal acerca de qué medios de prueba son aquellos

ordenante, de manera que posteriormente el propio ordenante sea quien tenga que reclamar al beneficiario por reclamación indebida previa restitución al garante».

¹⁹⁹ El art. 19.1º de la Convención UNCITRAL contempla, entre las pruebas ciertas que conceden al garante el derecho a rechazar el pago, la falsificación del documento sobre el que se funda la ejecución o la circunstancia de que contiene afirmaciones falsas, o el hecho de que los documentos presentados por el beneficiario resulte que el pago no es debido o que la ejecución no tiene una justificación convincente. El art. IV.G.-3:105 DCFR es bastante más escueto, y se limita a decir, en su apartado 1, que «el garante no está obligado a cumplir con el requerimiento de cumplimiento si se prueba de forma evidente que este es manifiestamente abusivo o fraudulento».

que permiten demostrar la improcedencia del pago, por lo que será el juez el que, en cada caso y a través de un análisis exhaustivo, determine su ámbito de aplicación y su eficacia. Todo ello garantiza que la *exceptio doli* no se convierta en un cajón de sastre que permita al banco oponer cualquier motivo con fundamento en la relación subyacente, sino sólo aquellos que constituyan prueba de la ilicitud de la reclamación de la garantía.

2. La excepción de nulidad del contrato subyacente por violación grave del orden público o de la moral

Puesto que no existe una absoluta desconexión entre el contrato de garantía y el contrato principal, y asumiendo que el contrato autónomo de garantía encuentra su causa en el contrato subyacente, es lógico afirmar que la ilicitud del segundo debe reflejarse en el primero. Así, si el contrato principal es ilícito por ser contrario a las leyes –en el sentido de norma imperativa–, a la moral o al orden público (arts. 1255 y 1275 CC), esta misma ilicitud se transmite al contrato de garantía, que debe ser declarado nulo. Esta es la postura mayoritaria en la doctrina de nuestro país.

Obviamente, el garante debe conocer la ilicitud del contrato subyacente para poder alegarla –algo que puede hacer en cualquier momento, al tratarse de un supuesto de nulidad radical–. Además, los autores exigen que dicha ilicitud resulte de la descripción que del contrato subyacente se haga en el contrato de garantía, sin necesidad de practicar pruebas que tengan por objeto el contrato subyacente²⁰⁰. Sin embargo, entiendo que la nulidad del contrato subyacente también debe poder ser alegada si, a pesar de no resultar evidente en base a la descripción que de él se haga en el texto de la garantía, el garante deviene conocedor de dicha ilicitud por la noticia de un tercero, que podría ser el acreedor que en el momento de formalizar el contrato principal desconocía que este era contrario a la moral o al orden público.

²⁰⁰ J.M. BUSTO LAGO, «Contrato de garantía a primer requerimiento...», pp. 4789-4790; A. CARRASCO PERERA, Fianza, accesoriadad..., p. 245; A. CARRASCO PERERA, *Tratado de los derechos de garantía...*, p. 539; F. INFANTE RUIZ / D. DE MIGUEL HERNANDO, «Los contratos de garantía...», pp. 412-413.

3. Las excepciones basadas en el contrato de garantía

Es indudable que el garante debe poder oponer al beneficiario las excepciones derivadas del contrato de garantía, puesto que la obligación del garante nace precisamente de ese negocio jurídico²⁰¹. En un sentido más amplio, se ha dicho que el garante puede oponer todas aquellas excepciones que se funden en un derecho propio contra el beneficiario, lo cual daría entrada a la compensación²⁰².

Dentro de este tipo de excepciones que nacen de la propia relación jurídica que media entre el garante y el beneficiario, BUSTO LAGO²⁰³ distingue entre las excepciones que surgen del contenido propio del contrato de garantía, relativas a la vigencia temporal, al *quantum* y a los riesgos cubiertos por la obligación de garantía, y aquéllas otras que nacen de la ineficacia, por cualquier motivo, de la relación obligatoria de garantía (me refiero, claro está, a la nulidad o la extinción de la garantía). INFANTE RUIZ y MIGUEL HERNANDO²⁰⁴, por su parte, diferencian entre las excepciones de validez, las excepciones de contenido y las excepciones personales.

²⁰¹ En este sentido resulta paradigmática la STS de 27.10.1992 (RJ 1992, 8584).

²⁰² R. MARIMÓN DURÁ, «La garantía independiente...», p. 494; J.M. BUSTO LAGO, «Contrato de garantía a primer requerimiento...», p. 4785. En favor de la admisión de la excepción de compensación se ha pronunciado la SAP Alicante de 21.5.2003 (JUR 2003, 223064).

²⁰³ J.M. BUSTO LAGO, «Contrato de garantía a primer requerimiento...», p. 4784; A. CARRASCO PERERA, *Las nuevas garantías personales: las cartas de patrocinio y las garantías a primer requerimiento*, pp. 754-756, se ha mostrado bastante restrictivo respecto a estas excepciones; en particular, respecto de las segundas, ha afirmado que no podrán ser opuestas sino en las condiciones que puedan serlo las excepciones derivadas de la relación de valuta ya que, a su juicio, si al beneficiario le constase que asumía ese riesgo quizás no hubiese pactado la garantía.

²⁰⁴ F. INFANTE RUIZ / D. DE MIGUEL HERNANDO, «Los contratos de garantía...», pp. 425-427.

CAPÍTULO V - La cesión de la garantía

El mantenimiento de la accesoriedad en las garantías independientes se manifiesta de forma clara en la cuestión de la cesión de la garantía. Entre los autores españoles, un importante sector doctrinal sostiene que no puede cederse la garantía con independencia de la cesión del crédito subyacente, toda vez que el artículo 1528 CC prevé que «la venta o cesión de un derecho de crédito comprende la de todos los derechos accesorios». Así pues, en tanto que la garantía es un derecho accesorio del crédito principal, esta se transmite *ex lege* con la transmisión del crédito que garantiza²⁰⁵. Además, se había dicho en su momento que una supuesta admisión de la cesión separada del crédito de garantía sería contraria al principio de causalidad y atentaría contra el funcionamiento de la propia garantía, que exige que sea el beneficiario originario el que efectúe la reclamación, precisamente porque es él quien se encuentra vinculado al deudor en la relación subyacente y, por tanto, el que mejor puede conocer si se ha producido el incumplimiento de la obligación principal que constituye el supuesto de hecho de la reclamación. Siguiendo este razonamiento, una eventual cesión separada de la garantía llevaría al cesionario a afirmar que se ejecuta la garantía en pago de una obligación subyacente de la que no es acreedor, o a declarar que se ejecuta por el incumplimiento de otra obligación distinta de la especificada en la garantía; en ambos casos, parece bastante claro que el garante no estaría obligado a pagar, pues en el primer caso la reclamación podría considerarse abusiva y en el segundo no se da el supuesto de hecho de la obligación de garantía²⁰⁶.

La interdicción de la cesión independiente de la garantía ha sido acogida por el artículo 33 RUGD 758, en el que se prevé que para que la garantía sea transferible debe estipularse de forma expresa, y aun así, «el garante no estará obligado a atender una petición de transferencia de esa garantía con posterioridad a su emisión salvo dentro de los límites y en la forma expresamente consentidos por dicho garante»²⁰⁷. Esta solución

²⁰⁵ J.M. BUSTO LAGO, «Contrato de garantía a primer requerimiento...», p. 4753; A. CARRASCO PERERA, *Tratado de los derechos de garantía...*, p. 543.

²⁰⁶ F. INFANTE RUIZ / D. DE MIGUEL HERNANDO, «Los contratos de garantía...», pp. 445-446.

²⁰⁷ En relación con este artículo, la STS de 28.5.2004 (RJ 2004, 3553) ha precisado que la admisión que resulta del mismo de la viabilidad de la cesión a tercero del derecho al cobro del crédito derivado de la garantía no es un obstáculo a la transmisión conjunta de la garantía junto con el crédito, con fundamento en los artículos 1258 y 1212 CC y en el argumento de conformidad con el cual admitir la cesión del crédito sin la cesión de la garantía determinaría que ésta quedase privada de su causa.

también es adoptada por el art. 9 de la Convención UNCITRAL, en el que la intransmisibilidad del derecho del beneficiario a reclamar el pago se configura como regla general, sin perjuicio de la admisibilidad de la eficacia de las estipulaciones contractuales en las que expresamente se prevea lo contrario.

Cuestión distinta a la cesión del derecho a formular la reclamación, que tiene un carácter eminentemente personal, es la cesión del derecho al crédito dinerario en cuestión, que es perfectamente admisible a menos que se haya pactado expresamente su incedibilidad. El propio art. 33 RUGD 758 letra g avala este planteamiento, al establecer que «tanto si la garantía indica que es transferible como si no, el beneficiario podrá ceder cualquier producto sobre el que pueda tener o pueda llegar a tener derecho en virtud de la garantía». Lo mismo puede decirse respecto del art. 10.1 de la Convención UNCITRAL, que establece que «a menos que se disponga otra cosa en la promesa o que las partes hayan acordado lo contrario en otra parte, el beneficiario podrá ceder a otra persona cualquier suma que le sea debida, o que pueda llegar a debérsele, al amparo de la promesa». Así pues, la regla general que establece la interdicción de la cesión independiente del crédito de garantía es predicable de la garantía en curso; esto es, con anterioridad al momento en que se ha exigido su ejecución. A partir del momento en que es exigible el pago del montante de la garantía resultarán de aplicación las reglas generales que rigen la cesión de créditos. Esta distinción entre el derecho a reclamar el pago (*right to make a demand*) y el derecho al cobro (*right to assign any proceeds*)²⁰⁸, además de permitir la cesión del derecho futuro al cobro del montante de la garantía, supone que se cumpla con el requisito de que sea el beneficiario originario el que exija la ejecución de la garantía²⁰⁹.

²⁰⁸ Esta es la denominación utilizada por las versiones inglesas tanto de las RUU 600 como de las RUGD 458 y 758.

²⁰⁹ J.M. BUSTO LAGO, «Contrato de garantía a primer requerimiento...», p. 4753; F. INFANTE RUIZ / D. DE MIGUEL HERNANDO, «Los contratos de garantía...», p. 445; A. CARRASCO PERERA, *Tratado de los derechos de garantía...*, p. 539; A. DÍAZ MORENO, «Las nuevas reglas uniformes de la CCI relativas a las garantías a primer requerimiento», *RDBB*, núm. 124, octubre-diciembre 2011, pp. 37 y ss., y del mismo autor, «Nota introductoria acerca de la Convención de Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de crédito Contingente», *RDBB*, núm. 64, octubre-diciembre 1996, p. 1040.

CONCLUSIONES

1. Se aprecia un intento de armonización de las garantías independientes, denominación bajo la cual pretenden abarcarse todas las garantías en las que el banco garante no está sujeto a las vicisitudes derivadas de relaciones ajenas a la relación de garantía que le une con el beneficiario. Sin embargo, las definiciones adoptadas tanto por los textos europeos como por las RUGD 758 no resultan del todo satisfactorias desde el punto de vista de un sistema causalista como el español. Asimismo, sería aconsejable que el legislador europeo adoptara medidas para promover un concepto unitario de *exceptio doli* que permitiera identificar mejor su contenido y sus implicaciones.
2. No existe una regulación legal específica sobre el contrato autónomo de garantía a primera demanda, motivo por el cual la mayoría de la doctrina científica lo ha calificado como un contrato atípico. No obstante, el estudio de su naturaleza jurídica demuestra que las notas de accesoriedad y subsidiariedad no desaparecen por completo, y que su estructura básica, que prevé la concurrencia de un garante, un deudor y un acreedor, se corresponde con el esquema triangular propio de la obligación fideusoria. Si a ello le añadimos el hecho de que el propio régimen legal que disciplina la fianza permite realizar derogaciones particulares del mismo, mediante la exclusión del beneficio de excusión (art. 1830 CC) o el pacto una fianza solidaria (art. 1822.2º), no resulta del todo descabellado sostener que en el caso de que la garantía autónoma se constituya en el territorio nacional y las partes de la garantía tengan vecindad civil española (art. 14 CC), deberían aplicarse analógicamente las normas del Código Civil previstas para la fianza, a excepción de aquellos artículos que sean incompatibles con la falta (relativa) de accesoriedad que caracteriza a este contrato.
3. Desde un punto de vista técnico-jurídico, no debería vincularse la falta de accesoriedad de la garantía autónoma con el elemento causal del contrato, pues en tanto que garantía personal esta encuentra su razón de ser en la obligación que garantiza, siendo imposible por tanto apreciar la válida existencia de la garantía

autónoma si esta no se fundamenta en la existencia de una obligación lícita que garantizar. Con todo, debe admitirse el pacto de las partes contratantes en cuya virtud se condiciona la eficacia de la garantía al nacimiento, dentro de un período de tiempo razonable, de la obligación garantizada, que deberá cumplir a su vez los requisitos de validez previstos por la legislación nacional aplicable.

4. La falta de accesoriedad de las garantías a primera demanda debe calificarse como relativa, en tanto que no es cierto que se produzca una absoluta separación entre la relación de garantía y la relación principal. En todo caso, debe darse o presumirse razonablemente un incumplimiento del contrato principal que se identifique con el supuesto de hecho garantizado, pues de no ser así la reclamación que se presente sería indebida por abusiva o fraudulenta.
5. La supuesta atipicidad de la garantía autónoma a primera demanda no ha impedido ni al legislador español ni a los tribunales nacionales reconocer la existencia de esta figura. En efecto, el reconocimiento normativo y jurisprudencial llevado a cabo en los últimos años demuestra la consolidación de una figura contractual cuya utilización en el mercado interno se está extendiendo cada vez más, incluso fuera de los supuestos típicamente comerciales.

Dicho esto, sorprende que, a excepción de CARRASCO PERERA y GUILARTE ZAPATERO, la mayoría de la doctrina de este país haya asumido de forma acrítica la admisión de las garantías autónomas como un tipo contractual nuevo y distinto de la fianza, dejándose llevar por una corriente jurisprudencial que en la mayoría de los casos se limita a repetir los mismos argumentos esgrimidos en las SSTs de 14 de noviembre de 1989 y de 27 de octubre de 1992. Sería, deseable, en este sentido, que los autores, más allá de abrazar el principio de libertad de pacto (art. 1258 CC) y señalar el carácter de *numerus apertus* de las garantías personales, realizaran un serio intento de reconducción de la garantía autónoma a alguna de las modalidades contractuales existentes.

6. Ante los problemas de determinación del derecho positivo aplicable, el legislador español tiene, como mínimo, dos opciones: A) Promover una regulación

específica y omnicomprensiva de las garantías autónomas a primera demanda que las configure como una figura sui generis y que impida el recurso por analogía *legis* a las normas de la fianza. B) Introducir una modificación en el Código Civil para dar entrada a las garantías autónomas como una modalidad más de fianza. En cualquier caso, sería interesante que el legislador incorporara una disposición en el Código civil, que siguiendo la lógica de otras disposiciones como, por ejemplo, el artículo 4 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, estableciera de forma inequívoca qué normas de las que conforman el régimen legal de la fianza tienen carácter imperativo y cuáles son las que tienen carácter dispositivo.

BIBLIOGRAFIA

ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil, II, Derecho de obligaciones, vol. II, Los contratos en particular y las obligaciones no contractuales*, 19ª ed., Edisofer, Madrid, 2013.

Derecho Civil II. Derecho de obligaciones, 14ª ed., Madrid, 2011.

ALBIEZ DOHRMANN, K. J., «Las bases dogmáticas de las garantías bancarias» en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LXXII, núm. 636, Madrid, septiembre-octubre 1996, pp. 1831-1834.

ALCALÁ DIAZ, Mª. A., «Función económica y naturaleza jurídica de las garantías bancarias a primera demanda» en AA.VV., *Instituciones del Mercado Financiero. Contratos Bancarios. Vol. IV. Garantías y aspectos procesales*, La Ley-Actualidad, Madrid, 1999.

ARAMENDIA GURREA, F. J., «Las garantías a primer requerimiento (garantías a primera demanda)» en AA.VV., *Las garantías a primer requerimiento (garantías a primera demanda)*, F. SÁNCHEZ CALERO et. al. (coord.), Fundación BBVA y Civitas, Madrid, 1996.

BENEDETTO PORTALE, «El contrato autónomo de garantía (causalidad y abstracción en el Garantievertrag)», *RDBB*, núm. 39, 1990.

BONET SÁNCHEZ, J. I., «Sentencia del T.S de 27 de octubre de 1992. Nueva reflexión jurisprudencial acerca de las garantías a primera demanda» en *Cuadernos de derecho y comercio*, nº13, 1994, pp. 213-256.

BROSETA PONT, M. / MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho Mercantil, vol. II*, Madrid, 11ª ed., 2014.

BUSTILLO SAIZ, Mª. M., *Sobre la atipicidad de las garantías a primera demanda y del seguro de caución*, Comares, Granada, 2014.

BUSTO LAGO, J.M., *Las garantías personales atípicas en el ordenamiento jurídico español. Configuración jurídica de las garantías «a primer requerimiento» y autónomas*, Aranzadi, Navarra, 2006.

«Contrato de garantía a primer requerimiento» en AA.VV., *Tratado de Contratos. Tomo IV*, 2ª ed., BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013,

«Bases doctrinales y jurisprudenciales para la configuración del contrato autónomo de garantía en el ordenamiento jurídico español: Las relaciones entre los sujetos del contrato», *Diario La Ley*, 12.5.2003.

CADENA AFANADOR, W. R., / CUBILLOS GUZMÁN, G., «El crédito documentario como fenómeno de la internacionalización del derecho bancario: aproximación conceptual y normativa» en *Revista Diálogos de Saberes*, núm. 25, Bogotá, 2006, pp. 161-194.

CAMPUZANO LAGUILLO, A. B. / ORDUÑA MORENO, F. J., et. al., *Curso de Derecho Privado*, 17ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

CARRASCO PERERA, A. / CORDERO LOBATO, E. / MARÍN LÓPEZ, M. J., *Tratado de los derechos de garantía*, t. I, 2.ª ed., 2008.

CARRASCO PERERA, A., *Fianza, accesoriedad y contrato de garantía*, La Ley, 1992.

CARRASCO PERERA, A., «Las nuevas garantías personales: Las cartas de patrocinio y las garantías a primer requerimiento», en AA.VV., *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, t. I, *Parte general y garantías personales*, NIETO CAROL, U. y BONET SÁNCHEZ, J. I. (coords.), Madrid, 1996.

CARRASCO PERERA, A., «Aval a primer requerimiento. Comentario a la STS de 17 de febrero del 2000 (RJ 2000, 1162)», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 54/2000, Civitas, octubre-diciembre, 2000.

CARRILLO POZO, L. F., *Las garantías autónomas en el comercio internacional*, Bolonia, 2000.

CASANOVAS MUSSONS, A., *La relación obligatoria de fianza*, Bosch, Barcelona, 1984.

CERDÁ OLMEDO, M., *Garantía independiente (nueva forma de garantía personal realizable mediante simple reclamación del acreedor surgida de la praxis del comercio internacional)*, Comares, Granada, 1991.

DE ANGULO RODRÍGUEZ, L., «Actualidad de las garantías personales atípicas», en AA.VV., *Las tendencias actuales de los contratos de garantía*, Atelier, 2005.

DE LA CUESTA RUTE, J. Mª (dir.) / VALPUESTA GASTAMINZA E. (coord.), *Contratos Mercantiles, Tomo II*, Barcelona, 2ª ed., 2009.

DELGADO DE MOLINA HERNÁNDEZ, L., «Las garantías a primer requerimiento», *RGD*, núm. 585, 1993.

DELGADO ECHEVARRÍA en LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil*, II, 2, 3ª. ed., Dykinson, Madrid, 2005.

GONZÁLEZ DE ZULUETA, F., «El artículo 17 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista, y los contratos de garantía admisibles» en AA.VV., *Las tendencias actuales de los contratos de garantía*, DE ANGULO RODRÍGUEZ, L. / CAMACHO DE LOS RÍOS, J. / HOYOS ELIZALDE, C. (dirs.), Atelier, Barcelona, 2005.

DÍAZ MORENO, A., «Las garantías a primer requerimiento (garantías a primera demanda). (Primer análisis de algunas cuestiones a la luz de las URDG de la ICC y del Proyecto de Convención de Naciones Unidas sobre garantías independientes)» en AA.VV, *Las garantías a primer requerimiento (garantías a primera demanda)*, F. SÁNCHEZ CALERO et. al. (coord.), Fundación BBVA y Civitas, Madrid, 1996.

«Reglamentación uniforme sobre los contratos de garantía: la labor de la CCI y de UNCITRAL», en AA.VV., *Las tendencias actuales...*

«Las nuevas reglas uniformes de la CCI relativas a las garantías a primer requerimiento», *RDBB*, núm. 124, octubre-diciembre 2011.

«Los trabajos de UNCITRAL en materia de garantías independientes internacionales», *RDM*, núm. 207, enero-marzo 1993.

«Las garantías a primer requerimiento en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en AA.VV, *Estudios de Derecho bancario y bursátil en Homenaje a Evelio Verdura y Tuells*, t. I, II y III, La Ley, Madrid, 1994.

DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Vol. II. Las relaciones obligatorias*, Civitas, 6ª ed., Madrid, 2008.

DÍEZ-PICAZO, L. / GULLÓN, A., *Sistema de derecho civil, vol. II., t. II. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*, Madrid, 10ª ed., 2012.

ECHENIQUE GORDILLO, R., «Las garantías bancarias internacionales: algunas consideraciones», *RDBB* núm. 5, 1982.

ESPIGARES HUETE, J.C., *La garantía a primer requerimiento: mecanismos de defensa frente a las reclamaciones abusivas del beneficiario*, Real Colegio de España, Bolonia, 2006.

«La efectividad de la garantía «a primer requerimiento»: ¿fianza o garantía equivalente a un depósito caucional?», *Diario La Ley*, núm. 6636, año XXVIII, 24.1.2007, ref.^a D-22.

ESTRADA ALONSO, E., *Las garantías abstractas en el tráfico civil y mercantil*, Civitas, Madrid, 2000.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., «Autoregulación y unificación del derecho de los negocios internacionales», en GONZÁLEZ GARCÍA, J.V. (dir.), *Derecho de la regulación económica, vol. VIII, Comercio exterior*, Madrid, Iustel, 2009, pp. 83-137.

FONT GALÁN, J.I., «Los contratos mercantiles de garantía» en AA.VV., *Derecho Mercantil*, ANGULO RODRÍGUEZ, L. / JIMÉNEZ SÁNCHEZ, J.G. (coord.), 10ª ed., Ariel, Barcelona, 2005.

«Los contratos mercantiles de garantía» en AA.VV., *Derecho mercantil*, JIMÉNEZ SÁNCHEZ (coord.), 9ª ed., Ariel, Barcelona, 2004.

GALGANO, «Fideiussione omnibus e contratto autonomo di garanzia», en AA.VV., *Estudios de Derecho bancario y bursátil en Homenaje a Evelio Verdura y Tuells*, t. I, II y III, La Ley, Madrid, 1994, pp. 904-907.

GUEST (General Editor), *Chitty on Contracts. Specific contracts, vol. II*, The Common Law Library, Number 2, 27ª ed., London Sweet & Maxwell, London, 1994.

GUILARTE ZAPATERO, V., *Jurisprudencia sobre fianza y demás garantías*, Madrid, 1997.

Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales, XXIII, 1979.

«Comentario a los artículos 1822-1856 del Código civil, en *Comentario del Código civil, t. II*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A., «Los contratos de construcción «llave en mano»», *CDT (Cuadernos de Derecho Transnacional)*, vol.6 núm. 1, Revistas uc3m. Servicio de edición digital, 2014, pp.161-235.

INFANTE RUIZ, F.J / DE MIGUEL HERNANDO, D., «Los contratos de garantía a primer requerimiento», en AA.VV., *Contratos. Civiles, Mercantiles, Públicos, Laborales e Internacionales, con sus implicaciones tributarias. Tomo IX. Contratos de financiación y de garantía*, YZQUIERDO TOLSADA, M. (dir.), p. 375-460.

INFANTE RUIZ, F.J., «Valor de la cláusula de pago a primer requerimiento o a primera demanda. Comentario a la STS de 3 de mayo de 1999 (RJ 1999, 3366)», *RDPat*, núm. 4/2000, Aranzadi, Navarra, 2000.

JAMES CASNER, «Letters of Credit: Iranian Cases and the Need to Adapt Letters of Credit to Their Proposed Uses», en *Boston College Third World Law Journal*, Volume 4, Issue 2, Article 5, 1984.

KELLY-LOUW, *Selective Legal Aspects of Bank Demand Guarantees*, revisado por el Prof. J. T. Pretorius, University of South Africa, 2008.

MARIMÓN DURÁ, R., «La garantía independiente o a primer requerimiento», CUÑAT EDO, V. / BALLARÍN HERNÁNDEZ, R. (dirs.) / GONZÁLEZ CASTILLA, F. (coord.), *Estudios sobre Jurisprudencia Bancaria*, Navarra, 2ª ed., 2002.

MEDINA DE LEMUS, M., *Práctica de contratación internacional*, Ed. Cámara de Madrid, 2002.

MUGASHA, *The Law of Letters of Credit and Bank Guarantees*, The Federation Press, Sidney, 2003.

NÚÑEZ ZORRILLA, Mª.C., *La problemática actual de las denominadas garantías independientes o autónomas*, Marcial Pons, Madrid, 2001.

PELAYO JIMÉNEZ, R.C., «En torno a la medida cautelar de suspensión de la ejecución de los avales a primer requerimiento», *RDM*, núm. 287, enero-marzo 2013, Civitas-Thomson Reuters.

PERALES VISCASILLAS, Mª.P., «La carta de crédito contingente. The Standby Letter of Credit», *RDBB* núm. 85, 2002.

PÉREZ ALVAREZ, M.A, *Solidaridad en la fianza*, Aranzadi, Pamplona, 1985.

REYES LÓPEZ, M.J., «Título XIV. De la Fianza. Capítulo I: De la naturaleza y extensión de la fianza», en AA.VV, *Código civil comentado, Vol. IV*, CAÑIZARES LASO, A. / DE PABLO CONTRERAS, P., et. al. (dirs.), Aranzadi, Pamplona, 2011, p. 1149-1161.

RODRÍGUEZ DÍAZ, I., «En torno a la garantía a primera demanda» en *RDBB*, núm. 90, año XXII, abril-junio 2003, Lex Nova.

ROJO FÉRNANDEZ-RÍO, A., «El aval», A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ (dir.), *Derecho Cambiario: Estudios sobre la Ley cambiaria y del cheque*, Civitas, Madrid, 1986.

SACRISTÁN BERGIA, F., «La oposición de excepciones por reclamación indebida en las garantías autónomas a primera demanda», *RDBB*, núm. 111, año XXVII, julio-septiembre 2008, Lex Nova.

El contrato de contragarantía (en el ámbito de las garantías bancarias autónomas a primera demanda), Dykinson, Madrid, 2006.

SÁNCHEZ CALERO, F., *Principios de Derecho Mercantil*, 17ª ed., Aranzadi, Navarra, 2012.

«Ponencia general» en M. CLAVERO ARÉVALO (coord.) et. al., *Las garantías a primer requerimiento (garantías a primera demanda)*, Civitas, Madrid, 1996.

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *El contrato autónomo de garantía. Las garantías a primera demanda*, Centro de Documentación Bancaria y Bursátil, Madrid, 1995.

SÁNCHEZ CUARTERO, E., «El seguro de caución y las garantías a primer requerimiento», en AA.VV., *Las tendencias actuales...*,

SÁNCHEZ GARCÍA, M. / QUICANO RODRÍGUEZ, J., «Las excepciones del garante frente al beneficiario en la garantía autónoma del derecho español» en *RAI (Revista Análisis Internacional)*, núm. 3, 2011, p. 213.

SAN JUAN CRUCELAEGUI, J., *Garantías a primera demanda: contratación internacional e interna*, Madrid, 2004.

«Los problemas derivados de la coexistencia de las reglamentaciones sobre los créditos documentarios stand-by y sobre las garantías independientes» en *Estudios de Deusto*, 2002, pp. 173-199.

SERRANO ESCRIBANO, S., «La garantía a primera demanda», en *Cuadernos de Estudios Empresariales*, núm. 9, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, 1999, pp. 281-297.

SÁNCHEZ LORENZO S.A. (coord.) et. al., *Práctica Profesional. Cláusulas en los contratos internacionales. Redacción y análisis.*, Barcelona, 2012, pp. 366 y ss.

TAPIA HERMIDA, A.J., *Derecho bancario*, Cálamo, Barcelona, 2002.

«La carta de crédito “standby”», en AA.VV., *Instituciones del Mercado Financiero. Contratos Bancarios. Vol. II. Operaciones de activo y pasivo*, La Ley-Actualidad, Madrid, 1999.

ULRICH DROBNIG et al. (ed.), *Principles of European Law on Personal Security (PEL Pers. Sec.)*, vol. 4, Munich, 2007.

URÍA, R. / MENÉNDEZ, A., et. al., *Curso de Derecho Mercantil*, vol. II, Civitas, Madrid, 2001.

VALENZUELA GARACH, F., «El contrato de fianza: Una síntesis de sus problemas actuales» en NIETO CAROL, U. (coord.), *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, t. I, *Parte general y garantías personales*, Madrid, 1996

VON BAR / CLIVE (eds.), *Draft Common Frame of Reference*, Outline Edition, vol. II, Munich, 2009.

ZURITA MARTÍN, I., «Parte G. Garantías Personales, Capítulo 1: Disposiciones comunes», en VAQUER ALOY, A. / BOSCH CAPDEVILA, E. / SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M^a. P. (coords.), *Derecho Europeo de los contratos: Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, Barcelona, 2012.

JURISPRUDENCIA

Sentencias del Tribunal Supremo

21.4.1931 (RJ 1931, 2024)
11.7.1983 (RJ 1983, 4209)
16.12.1985 (RJ 1985, 6442)
27.11.1986 (RJ 1986, 6616)
28.12.1987 (RJ 1987, 9655)
23.3.1988 (RJ 1988, 2422)
16.9.1988 (RJ 1988, 6693)
13.10.1989 (RJ 1989, 6916)
14.11.1989 (RJ 1989, 7878)
2.10.1990 (RJ 1990, 7464)
15.4.1991 (RJ 1991, 2693)
8.5.1991 (RJ 1991, 3577)
5.2.1992 (RJ 1992, 830)
27.10.1992 (RJ 1992, 8584)
27.11.1998 (RJ 1998, 9324)
15.4.1999 (RJ 1999, 2693)
17.2.2000 (RJ, 2000, 1162)
30.3.2000 (RJ 2000, 2314)
5.7.2000 (RJ 2000, 6010)
13.12.2000 (RJ 2000, 10438)
12.7.2001 (RJ 2001, 5159)
14.11.2001 (RJ 2001, 9304)
29.3.2002 (RJ 2002, 4882)
29.4.2002 (RJ 2002, 7024)
22.7.2002 (RJ 2002, 7476)
31.5.2003 (RJ 2003, 5217)
12.11.2003 (RJ 2003, 8408)
28.5.2004 (RJ 2004, 3553)
27.9.2005 (RJ 2005, 6860)
9.12.2005 (RJ 2005, 10177)

7.3.2006 (RJ 2006, 1055)
27.11.2006 (RJ 2006, 9121)
1.10.2007 (RJ 2007, 8087)
27.10.2009 (RJ 2009, 5711)
30.3.2009 (RJ 2009, 2394)
4.12.2009 (RJ 2010, 271)
26.10.2010 (RJ 2010, 7603)
17.7.2013 (RJ 2013, 5920)
3.3.2014 (RJ 2014, 1425)
10.6.2014 (RJ 2014, 4365)
16.7.2014 (RJ 2014, 4640)
17.7.2014 (RJ 2014, 4083)
12.11.2014 (RJ 2014, 6866)
6.2.2015 (RJ 2015, 512)

Sentencias de las Audiencias Provinciales

Zaragoza, 13.5.1998 (AC 1998, 5780)
Zaragoza, 23.12.2010 (JUR 2011, 61473)
Madrid, 3.11.1997 (*La Ley-Actualidad* 1997, §.1157; *Act.Civ.* 1998-3, §.626)
Madrid, 16.7.1998 (AC 1998, 1801)
Madrid, 11.6.2010 (AC 2010, 1248)
Madrid, 28.10.2014 (JUR 2015, 19599)
Málaga, 18.2.1998 (AC 1998, 3752),
Murcia, 3.10.2013 (JUR 2013, 326108)
Murcia, 20.3.2015 (JUR 2015, 125281)
Lugo, 17.9.2014 (JUR 2014, 252451)
Islas Baleares, 6.2.2015 (JUR 2015, 80610)
Islas Baleares, 15.4.2015 (JUR 2015, 125514)
Guadalajara, 9.6.1997 (AC 19997, 1366)
Guipúzcoa, 9.12.1999 (AC 1999, 2590)
Guipúzcoa, 2.3.2015 (AC 2015, 550)
Asturias, 15.12.1998 (AC 1998, 2412)
Cádiz, 27.3.2006 (JUR 2006, 196189),

Alicante, 21.5.2003 (JUR 2003, 223064)

Sentencias de los Juzgados Mercantiles

Las Palmas nº1, 9.4.2010 (JUR 2010, 130951)

Autos del Tribunal Supremo

4.2.2015 (JUR 2015, 40443)

Autos de las Audiencias Provinciales

Madrid, 23.1.2012 (JUR 2012, 96015)

Madrid, 17.9.2008 (AC 2008, 2031)

Madrid, 10.12.2008 (JUR 2009, 88860),

Madrid, 11.6.2010 (AC 2010, 1248),

Madrid, 18.2.2011 (JUR 2011, 159387),

Barcelona, 23.3.2011 (JUR 2011, 201690)

Barcelona, 9.1.2012 (JUR 2012, 88861)

ANEXOS

Anexo 1. Reglas uniformes relativas a las garantías a primera demanda (RUGD), publicación núm. 758 CCI.

FIDE

CCI Reglas Uniformes Relativas a las

Garantías a Primer Requerimiento

Incluye formularios REVISIÓN 2010

ICC Uniform Rules for

Demand Guarantees

Including Model Forms 2010 REVISION

Regles Uniformes d'ICC Relatives a les

Garanties al Primer Requeriment

Inclou formularis REVISIÓ 2010

Regras Uniformes da CCI para as

Garantias a Pedido

Inclui Formulários REVISÃO DA 2010



Cámara de Comercio Internacional
La organización empresarial mundial

Índice

Presentación.....	5
Prólogo.....	7
Introducción.....	9
Artículo 1 Aplicación de las URDG.....	15
Artículo 2 Definiciones.....	15
Artículo 3 Interpretación.....	18
Artículo 4 Emisión y efectividad.....	19
Artículo 5 Independencia de la garantía y la contragarantía.....	19
Artículo 6 Documentos frente a mercancías, servicios o prestaciones.....	19
Artículo 7 Condiciones no documentarias.....	20
Artículo 8 Contenido de las instrucciones y de la garantía.....	20
Artículo 9 Solicitud no aceptada.....	21
Artículo 10 Aviso de una garantía o de una modificación.....	21
Artículo 11 Modificaciones.....	22
Artículo 12 Alcance de las obligaciones del garante en una garantía.....	22
Artículo 13 Variación del importe de la garantía.....	23
Artículo 14 Presentación.....	23
Artículo 15 Condiciones del requerimiento.....	24
Artículo 16 Información sobre el requerimiento.....	25
Artículo 17 Requerimiento parcial y requerimientos múltiples. Importe de los requerimientos.....	25
Artículo 18 Independencia de los requerimientos.....	26
Artículo 19 Revisión.....	26
Artículo 20 Plazo para la revisión de un requerimiento. Pago.....	27
Artículo 21 Moneda de pago.....	27
Artículo 22 Transmisión de copias del requerimiento conforme.....	28
Artículo 23 Prórroga o pago.....	28

Publicado en inglés en febrero del 2010 por:

ICC Services

Publications
38 Cours Albert 1er
75008 Paris
France

www.iccbooks.com

Comité Español de la Cámara de Comercio Internacional

Avda. Diagonal 452-454
08006 Barcelona
España

Tel.: (34) - 93 - 416 94 58

Fax: (34) - 93 - 416 93 01

E-mail: iccspain@cambracen.es

www.iccspain.org

Copyright © 2010

Cámara de Comercio Internacional

Impreso por AGPOGRAFE, S.A.

Pujades, 124

08005 Barcelona

La traducción española ha sido realizada por Andreu Vilà, director de Trade Finance de Banco Sabadell. El documento ha sido compilado por todos los comités de ICC en Iberoamérica para así garantizar una única versión en español de esta obra de referencia. La traducción portuguesa ha sido llevada a cabo por ICC Portugal. La catalana ha sido realizada por Jaume Quintanilla sobre un primer borrador de Xavier Fornit.

Reservados todos los derechos. Ninguna parte de esta publicación puede ser reproducida o copiada en ninguna forma ni por ningún medio - gráfico, electrónico o mecánico, incluidas las fotocopias, grabación en disco o cinta u otro sistema de información y reproducción - sin el permiso de ICC Services. Publications, o del Comité Español de la Cámara de Comercio Internacional.

Publicación de la CCI n° 758

ISBN: 978-84-89924-51-2

D.L.: B-9441-2010

Artículo 24	Requerimiento no conforme, renuncia y notificación	29
Artículo 25	Reducción y terminación	30
Artículo 26	Fuerza mayor	31
Artículo 27	Exoneración respecto a la efectividad de los documentos	32
Artículo 28	Exoneración respecto a la transmisión y la traducción	33
Artículo 29	Exoneración respecto a los actos de un tercero	33
Artículo 30	Límites de exoneración de responsabilidad	33
Artículo 31	Indemnización por leyes y usos extranjeros	34
Artículo 32	Responsabilidad por los cargos	34
Artículo 33	Transferencia y cesión del producto de la garantía	34
Artículo 34	Ley aplicable	35
Artículo 35	Jurisdicción	36
APÉNDICES		
Formulario de garantía a primer requerimiento bajo las URDG 758		37
Cláusulas opcionales para insertar en el formulario de garantía a primer requerimiento		39
Formulario de contragarantía a primer requerimiento bajo las URDG 758		41
Grupo de trabajo en garantías de la CCI		45
Selección de nuevas publicaciones de la CCI		189
Funciones y objetivos de la CCI		193
Boletín de adhesión		198

PRESENTACIÓN

En noviembre de 2009, en Bruselas, la Comisión Bancaria de la CCI aprobó la propuesta de nuevas Reglas de la CCI para las garantías a primer requerimiento, a veces conocidas también como garantías a primera demanda o a primera solicitud, en inglés, "demand guarantees". Pocos días después, el 3 de diciembre, en Nueva Delhi, el Comité Ejecutivo de la CCI las adoptaba como Reglas que debían sustituir a las anteriores URDG 458, en uso desde 1992. Las nuevas son las URDG 758 y entraron en vigor el 1º de julio del 2010.

Estas Reglas reflejan la práctica internacional en el uso de garantías a primer requerimiento, manteniendo al mismo tiempo un equilibrio entre los intereses de las diferentes partes usuarias de este instrumento bancario. Si la banca desea claridad en la ejecución de la garantía, el ordenante no desea abusos en esa misma ejecución. Las garantías así reguladas tienen siempre una fecha o un hecho de vencimiento, lo que las singulariza de otras garantías abstractas, y son coherentes con otras reglas bancarias de la Cámara de Comercio Internacional, como las referidas a créditos documentarios o las cobranzas, facilitando la operativa de las entidades de crédito. El marco regulatorio de la CCI ha alcanzado un amplio reconocimiento por parte de la banca, de organismos internacionales (UNCITRAL y el Banco Mundial) y de asociaciones empresariales de todo el mundo, y su muy frecuente uso en la práctica lo confirma como una normativa clara y eficaz.

Fiel a su labor de consolidación y divulgación de las normas elaboradas por la Cámara de Comercio Internacional, su Comité Español publica ahora, agotada totalmente la edición bilingüe en español e inglés, una nueva edición de las Reglas *Informes de la CCI para las Garantías a Primer Requerimiento*, esta vez en español, inglés, portugués y catalán.



Miguel Valls Masceda
Presidente

PROLOGO

La presente revision de las *Reglas uniformes relativas a las garantías a primer requerimiento* (URDG) es la primera desde que las reglas fueron desarrolladas por la CCI en 1991. Las reglas originales, URDG 458, obtuvieron en los últimos años una amplia aceptación internacional como consecuencia de su incorporación por el Banco Mundial en sus modelos de garantía y tras ser referendadas por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL) así como por destacadas asociaciones industriales, tales como la FIDIC.

La primera revision de las reglas ha sido meticulosamente preparada a lo largo de dos años y medio, y es el resultado de un esfuerzo colectivo realizado por un número considerable de grupos de trabajo que son parte de la CCI. Se llevo a cabo como un proyecto conjunto de dos de las comisiones de la CCI -la Comisión Bancaria y la Comisión de Derecho y Prácticas Mercantiles- y, por tanto, teniendo en cuenta las legítimas aspiraciones de todos los sectores relevantes. Los comités nacionales de la CCI contribuyeron de forma sustancial al producto final: 52 comités nacionales sometieron varios centenares de páginas de valiosas sugerencias a lo largo de los sucesivos borradores; gran número de las cuales fueron incorporadas al texto final.

El Grupo de Trabajo en Garantías de la CCI, formado por 40 miembros de 26 países, revisó los diversos borradores y añadió sus propias sugerencias. El Grupo Redactor de las URDG, hábilmente presidido por el Dr. Georges Afaki, se reunió un buen número de ocasiones, revisó con detenimiento todos los comentarios presentados por los comités nacionales y por el Grupo de Trabajo y confeccionó el redactado final.

Este esfuerzo colectivo ha dado sus frutos: ha presentado unas reglas que reflejan un amplio consenso entre los banqueros, usuarios y demás miembros del mundo de la garantía. De hecho, la presente revision de las URDG no se limita a poner al día las reglas actuales; es el resultado de un ambicioso proyecto de crear un nuevo conjunto de normas para el siglo veintiuno que sea más claro, más preciso y más completo.

De esta forma, las URDG 758 están destinadas a convertirse en el texto estándar para las garantías a primer requerimiento en todo el mundo.



Jean Rozwadowski
Secretario General
Cámara de Comercio Internacional
Enero 2010

INTRODUCCIÓN

Las nuevas URDG 758 son las sucesoras de las URDG 458. A lo largo de 17 años de utilización (1992-2009) las URDG 458 han demostrado ser a la vez exitosas y flexibles. Han sido utilizadas por bancos y empresas de todos los sectores y países. Las URDG 458 fueron referenciadas por organizaciones internacionales, instituciones financieras multilaterales, reguladores bancarios, legisladores y federaciones profesionales. A diferencia de las fallidas *Reglas uniformes relativas a garantías contractuales* (URDG 325), las URDG 458 reflejaban la realidad del mercado de garantías a primer requerimiento y acertaban en un razonable equilibrio entre los intereses de todas las partes implicadas. Al instruir a un garante para que emitiera una garantía a primer requerimiento sujeta a las URDG, el ordenante renunciaba a su capacidad de oponerse al pago por razones derivadas de sus relaciones con el beneficiario. A su vez, se requería al beneficiario que manifestara en términos generales (pero no que justificara o probara) las causas de incumplimiento del ordenante en la ejecución de la relación subyacente. Finalmente, y dado que una garantía a primer requerimiento es un compromiso independiente, los garantes podían sentirse seguros de que su compromiso quedaba sujeto a las condiciones por ellos establecidas. Quedaban protegidos de cualquier eventualidad en la ejecución de la relación subyacente.

El progresivo aumento en su uso, con el soporte de la CCI, permitió a las URDG 458 realizar una contribución fundamental hacia una mejor definición de las reglas de juego entre emisores y usuarios de garantías a primer requerimiento, con independencia del sistema legal, económico y social en el que operaran.

Aún así, las URDG 458 constituían el primer intento de codificar la práctica de garantías independientes por parte de la CCI. A lo largo de estos años la aplicación de sus disposiciones ha arrojado luz sobre la necesidad de ajustar, clarificar, ampliar su alcance o corregir los estándares aprobados. Las opiniones recibidas por el Grupo de Trabajo en Garantías de la CCI relativas a las URDG, provenientes de usuarios de todo el mundo, aportaron el material necesario para emprender una revisión de las URDG 458, que tanto el tiempo transcurrido como los cambios en las prácticas hacían ineludible. La revisión se inició en 2007 y se desarrolló bajo los auspicios de la Comisión Bancaria y de la Comisión de Derecho y Prácticas Mercantiles de la CCI.

El Grupo de Trabajo en Garantías, el órgano permanente creado por la CCI en 2003 para monitorizar la práctica internacional en garantías, actuó como cuerpo consultor del Grupo Redactor, que elaboró cinco completos borradores a lo largo de los dos años y medio del proceso de revisión. Cada uno de los borradores fue sometido a consideración de los distintos comités nacionales de la CCI. Se recibieron más de 600 comentarios procedentes de 52 países que fueron cuidadosamente revisados. Estos comentarios resultaron decisivos para la redacción de las nuevas reglas. Se informó regularmente de los progresos en las reuniones de cada una de las comisiones de la CCI relacionadas con las reglas originando un amplio debate. Este método permitió asegurar que la revisión tuviera en cuenta los comentarios recibidos de un extenso entramado sectorial de partes implicadas.

Las URDG 758 resultantes fueron aprobadas por el Comité Ejecutivo de la CCI el 3 de diciembre de 2009, tras haber sido referendadas por los miembros de las dos comisiones patrocinadoras. Entrarán en vigor el 1º de julio de 2010. Las nuevas reglas son de aplicación a toda garantía o contragarantía a primer requerimiento que las incorpore en su texto por medio de una referencia. También pueden ser de aplicación como uso de comercio, o como consecuencia de una actuación que pudiera conducir a ello en la relación entre las partes de una garantía o contragarantía cuando así lo prevea la ley aplicable, incluso cuando no se haga referencia a las reglas.

Las nuevas URDG 758 no se limitan a actualizar las URDG 458, sino que son el resultado de un ambicioso proceso que pretende aportar un nuevo conjunto de normas para las garantías a primer requerimiento en el siglo XXI, normas que sean más claras, más precisas y más completas.

Unas URDG más claras. Las nuevas URDG pretenden aportar claridad. Adoptan el estilo, aceptado universalmente, de las *Reglas y usos relativos a los créditos documentarios* (UCP 600) de la CCI al presentar las definiciones en un artículo único. También aportan una muy necesaria adaptación sobre el procedimiento por el que una presentación será revisada para verificar su conformidad.

Unas URDG más precisas. Algunos de los estándares contenidos en las URDG 458 dejaban un margen de interpretación que podía variar según las particularidades de cada caso. Esto era particularmente cierto para expresiones tales como "tiempo

razonable" y "cuidado razonable". Las nuevas URDG excluyen cualquier estándar impreciso con objeto de fomentar certeza y predictibilidad. Ejemplos de ello son los plazos para la revisión de un requerimiento, la prórroga de una garantía en caso de fuerza mayor, y la suspensión de una garantía en caso de solicitud de prórroga o pago.

Unas URDG más completas. Algunas prácticas importantes quedaron fuera de las URDG 458. En particular, éste era el caso del aviso de una garantía, de las modificaciones, de los estándares para la revisión de las presentaciones, de los requerimientos parciales, múltiples o incompletos, de la relación entre documentos, y de la transferencia de garantías. Además las contragarantías recibían un tratamiento fragmentado. Lo que resultaba comprensible en un primer intento de codificar la práctica de las garantías a primer requerimiento ya no es aceptable 17 años más tarde. Las nuevas URDG 758 cubren ahora todas estas prácticas y dejan claro que las disposiciones aplicables a las garantías son igualmente aplicables a las contragarantías.

Unas URDG equilibradas. Las nuevas URDG 758 hacen suya y se edifican sobre la aproximación equilibrada que caracterizó las URDG 458.

Por ejemplo:

- El beneficiario tiene derecho al pago contra presentación de un requerimiento conforme sin que sea necesario para el garante obtener la aprobación del ordenante. Las nuevas URDG también corrigen una situación injusta que podía dejar al beneficiario sin poder hacer uso de la garantía en caso de fuerza mayor si su vencimiento coincidía con la interrupción del negocio del garante.

- La independencia del garante se expresa en términos más claros y contundentes y lo que es más importante, ahora se expresa en términos exclusivamente documentarios. Las nuevas URDG cuentan con que el garante actúe de forma diligente. Por ejemplo, se espera que un garante rechace un requerimiento no conforme en un máximo de cinco días hábiles enviando un aviso de rechazo que detalle todas las discrepancias; de lo contrario, el garante perderá el derecho a declarar que el requerimiento no es conforme y quedará obligado al pago. Aceptada desde hace tiempo en la práctica de créditos documentarios, la sanción de pérdida de derecho es necesaria para disci-

plinar prácticas injustificables que actúan en perjuicio del beneficiario.

- Las nuevas reglas reconocen el derecho del ordenante a ser informado de los hechos relevantes en la vida de una garantía. Sin embargo, esta información no deberá ser un prerequisite para el pago cuando se haya presentado un requerimiento conforme.

Unas URDG innovadoras. Las nuevas URDG 758 incorporan un conjunto de innovaciones dictadas por la evolución de las prácticas y por la necesidad de evitar disputas. Un ejemplo es la nueva norma que propone la sustitución de divisas cuando resulta imposible el pago en la divisa especificada en la garantía. Otro ejemplo es el nuevo mecanismo de terminación de garantías que no incluyan ni una fecha ni un hecho de vencimiento. Con esta solución se espera reducir la cantidad de garantías de vencimiento abierto que penalizan de forma severa a los ordenantes y son incompatibles con los requisitos normativos de capital para los bancos.

La Guía. Los motivos, el trabajo preparatorio y la interpretación de cada artículo en las nuevas URDG 758 puede encontrarse en una Guía publicada por separado de las reglas (Publicación 702 de la CCI).

La nueva agrupación URDG 758. Las nuevas reglas se acompañan de un formulario de garantía y de contragarantía presentados al final de esta publicación. Están destinados a convertirse en un indispensable compañero de las nuevas URDG 758 y de sus usuarios. La experiencia nos muestra que una completa agrupación, lista para ser usada, que combine las reglas y los formularios, es más atractiva para los usuarios que las anteriormente separadas publicaciones 458 y 503. También debería conducirnos a una práctica más armonizada.

En el momento de redactar los nuevos formularios de garantía para las URDG 758, se prefirió una aproximación unitaria antes que una solución basada en múltiples formularios según el propósito de cada garantía. Las garantías de licitación, cumplimiento, pago anticipado, retención de pago, calidad, así como otros tipos de garantías a primer requerimiento, comparan la misma naturaleza y tienen características similares. Ello era evidente en los cinco casi idénticos formularios básicos de garantía de la publicación 503 de la CCI que acompañaba las URDG 458. Por supuesto, los usuarios de las URDG 758 tienen la opción

de enriquecer el formulario unitario con una o varias de las cláusulas propuestas al final de esta publicación, tales como la cláusula de reducción de importe para las garantías de pago anticipado o incluso redactar cualquier otra nueva cláusula.

Un mensaje final: la necesidad de un redactado claro. Un redactado claro es la base para una exitosa práctica internacional de garantías a primer requerimiento. Así ha quedado demostrado en todo momento y para cualquier sector o cultura. Al utilizar los nuevos formularios de garantía URDG 758 se definen mejor las reglas de juego y se evitan malentendidos. En este sentido, podemos esperar que se invierta la preocupante tendencia observada en algunos tribunales en los últimos años, en el sentido de reformular las garantías a primer requerimiento como fianzas accesorias, o a la inversa. Aunque en algunas ocasiones puedan quedar justificadas por la ambigüedad en las condiciones utilizadas por las partes, estas interferencias han desestabilizado de forma considerable el intervalo de las garantías internacionales al añadir un factor de incertidumbre notablemente perjudicial. Esta lamentable situación puede ser corregida mediante un uso sistemático de las URDG 758, y de sus formularios asociados, en toda clase de garantías o contragarantías a primer requerimiento, o incluso en cualquier otro compromiso independiente.

Agradecimientos. Deseo expresar mi más profundo agradecimiento a los miembros del Grupo de Trabajo en Garantías* de la CCI, a los comités nacionales de la CCI y a los miembros de la Comisión Bancaria y de la Comisión de Derecho y Prácticas Mercantiles, por su orientación, apoyo y espíritu constructivo durante la revisión. El Departamento de Garantías del RZB fue de gran utilidad al tramitar los centenares de comentarios nacionales recibidos a lo largo del proceso de revisión y compilarlos para el Grupo Redactor.

Fue para mí un privilegio presidir el Grupo Redactor que afrontó la revisión. Los miembros del Grupo Redactor se mencionan a continuación por orden alfabético:

Roger Carouge (Alemania), **Sir Roy Goode** (Reino Unido), **Dr. Andrea Hauptmann** (Austria), **Glenn Kansler** (Estados Unidos), **Pradeep Taneja** (Bahrain), y **Farideh Tazhibi** (Irán).

*Los términos de referencia y la redacción de miembros del Grupo de Trabajo en Garantías se encuentran en la página 46 de esta publicación.

En raras ocasiones alguien ha tenido la oportunidad de presidir un grupo con miembros tan experimentados y entusiastas en la tarea encomendada, animados por un espíritu de equipo, con experiencia sectorial y regional complementaria, y con capacidad para afrontar con paciencia admirable los inevitables desafíos de un proceso de revisión acelerado.

El resultado son las nuevas URDG 758, que ofrecemos con orgullo al mundo.



Dr. Georges Affaki
Co-presidente, Comisión Bancaria de la CCI
BNP Paribas
Enero 2010

Artículo 1

Aplicación de las URDG

- a. Las *Reglas uniformes relativas a las garantías a primer requerimiento* ("URDG") son de aplicación a toda garantía o contragarantía a primer requerimiento que indique expresamente que está sujeta a estas reglas. Son vinculantes para todas las partes en la garantía o contragarantía a primer requerimiento, salvo en lo que la garantía o contragarantía a primer requerimiento modifique o excluya.
- b. Cuando, a petición de un contragarante, se emita una garantía a primer requerimiento sujeta a las URDG, la contragarantía estará también sujeta a las URDG, a menos que la contragarantía excluya las URDG. Sin embargo, una garantía a primer requerimiento no quedará sujeta a las URDG por el mero hecho de que la contragarantía esté sujeta a las URDG.
- c. Cuando, a petición o de acuerdo con la parte instructora, se emita una garantía o contragarantía a primer requerimiento sujeta a las URDG, se considerará que la parte instructora ha aceptado los derechos y obligaciones que le sean aplicables de forma expresa de acuerdo con estas reglas.
- d. Cuando una garantía o contragarantía a primer requerimiento emitida a partir del 1 de julio de 2010 indique que está sujeta a las URDG, sin especificar si se aplica la versión de 1992 o la revisión de 2010 o sin indicar el número de publicación, la garantía o contragarantía a primer requerimiento estará sujeta a la revisión de 2010 de las URDG.

Artículo 2

Definiciones

A los efectos de estas reglas:

Parte avisadora significa la parte que avisa la garantía a petición del garante.

Ordenante significa la parte indicada en la garantía que en la relación subyacente tiene la obligación amparada por la garantía. El ordenante no tiene por qué ser la parte instructora.

Solicitud significa la petición para emitir la garantía.

Autenticado, cuando se aplica a un documento electrónico, significa que la parte a la que se presenta el documento puede

verificar la aparente identidad del remitente y que los datos recibidos se mantienen completos y sin alterar.

Beneficiario significa la parte a favor de la que se emite la garantía.

Día hábil significa un día en el que el lugar donde deba ejecutarse un acto que esté sujeto a estas reglas esté ordinariamente abierto para la ejecución de dicha acción.

Cargos significa toda comisión, honorario, coste o gasto, pagadero a cualquiera de las partes que intervenga en una garantía regida por estas reglas.

Requerimiento conforme significa un requerimiento que cumple las condiciones de una presentación conforme.

Presentación conforme en una garantía significa una presentación que es conforme, en primer lugar, con los términos y condiciones de la garantía, en segundo lugar, con estas reglas en la medida en que sean congruentes con dichos términos y condiciones y, en tercer lugar y en ausencia de una disposición en la garantía o en estas reglas que sea de aplicación, con la práctica internacional estándar sobre garantías a primer requerimiento.

Contragarantía significa todo compromiso firmado, como quiera que se denomine o describa, dado por el contragarante a una tercera parte para obtener la emisión por esa otra parte de una garantía o de otra contragarantía, y que prevé el pago contra la presentación de un requerimiento conforme en virtud de la contragarantía emitida a favor de dicha parte.

Contragarante significa la parte que emite una contragarantía, a favor de un garante o de otro contragarante, e incluye una parte que actúa por cuenta propia.

Requerimiento significa un documento firmado por el beneficiario solicitando el pago en virtud de una garantía.

Garantía a primer requerimiento o garantía significa cualquier compromiso firmado, como quiera que se denomine o describa, que disponga el pago contra la presentación de un requerimiento conforme.

Documento significa una información firmada o sin firmar, en papel o en formato electrónico, que puede ser reproducida en forma tangible por la persona a quien se presenta. En estas reglas, documento incluye un requerimiento y una declaración de soporte.

Vencimiento significa la fecha de vencimiento o el hecho de vencimiento o, si se especifican ambos, el primero que ocurra.

Fecha de vencimiento significa la fecha máxima especificada en la garantía para efectuar una presentación.

Hecho de vencimiento significa un hecho que según los términos de la garantía provoca su vencimiento, de forma inmediata o en un plazo especificado después de que el hecho tenga lugar, para lo que se entenderá que el hecho ocurre sólo:

- a. cuando se presente al garante el documento que según la garantía indica que el hecho ha tenido lugar; o
- b. si la garantía no especifica dicho documento, cuando se pueda determinar por los registros propios del garante que el hecho ha tenido lugar.

Garantía, ver garantía a primer requerimiento.

Garante significa la parte que emite una garantía, e incluye una parte que actúa por cuenta propia.

Registros del propio garante significa los registros del garante que muestren los importes abonados o adeudados en cuentas mantenidas con el garante, a condición de que el registro de dichos abonos o adeudos permita al garante identificar la garantía con la que están relacionados.

Parte instructora significa la parte, distinta del contragarante, que da instrucciones para emitir una garantía o una contragarantía y que es responsable de indemnizar al garante o al contragarante en el caso de una contragarantía. La parte instructora no tiene por qué ser el ordenante.

Presentación significa la entrega de documentos al garante en virtud de una garantía o los propios documentos entregados. Incluye una presentación distinta a un requerimiento, por ejemplo una presentación con el propósito de activar el vencimiento de la garantía o una variación de su importe.

Presentador significa una persona que realiza una presentación como beneficiario u ordenante, según sea el caso, o por cuenta de uno de ellos.

Firmado, cuando se aplique a un documento, a una garantía o a una contragarantía, significa que un original ha sido firmado por o por cuenta del emisor, ya sea mediante una firma electrónica que pueda ser autenticada por la parte a la que se presenta ese

documento, garantía o contragarantía, o mediante firma autógrafa, firma facsimilar, firma perforada, sello, símbolo o cualquier otro método mecánico.

Declaración de soporte significa la declaración a que se hace referencia en el artículo 15, apartados (a) o (b).

Relación subyacente significa el contrato, las condiciones de la oferta o cualquier otra relación entre el ordenante y el beneficiario en los que se fundamente la garantía.

Artículo 3

Interpretación

A los efectos de estas reglas:

- a. Las sucursales de un garante en países diferentes se considerarán entidades distintas.
- b. Salvo que por el contexto deba entenderse de otra forma, la garantía incluye la contragarantía y las modificaciones a cualquiera de ellas; el garante incluye al contraguarante, y el beneficiario incluye la parte a favor de la que se emite la contragarantía.
- c. Cualquier requisito para la presentación de uno o más originales o copias de un documento electrónico se considerará satisfecho con la presentación de un único documento electrónico.
- d. Cuando se utilicen en relación a una o diversas fechas para determinar el inicio, el fin o la duración de un período, las expresiones:
 - i. "desde", "al", "hasta" y "entre" incluyen, y
 - ii. "antes" y "después" excluyen la fecha o fechas mencionadas.
- e. La expresión "dentro de", cuando se utilice en relación a un período tras una fecha o un hecho determinados, excluye esa fecha o la fecha de ese hecho pero incluye la última fecha de ese período.
- f. Expresiones tales como "primera clase", "bien conocido", "calificado", "independiente", "oficial", "competente" o "local" utilizadas para describir al emisor de un documento permiten que cualquier emisor, excepto el beneficiario o el ordenante, emita dicho documento.

Artículo 4

Emisión y efectividad

- a. Una garantía se considera emitida cuando sale del control del garante.
- b. Una garantía es irrevocable desde su emisión incluso cuando no lo indique.
- c. El beneficiario puede presentar un requerimiento desde el momento de emisión de la garantía, o desde un momento o a partir de un hecho posterior si así lo prevé la garantía.

Artículo 5

Independencia de la garantía y la contragarantía

- a. La garantía es por su naturaleza independiente de la relación subyacente y de la solicitud, y el garante no está afectado ni vinculado en forma alguna por dicha relación. Una referencia en la garantía a la relación subyacente con el propósito de identificarla no altera la naturaleza independiente de la garantía. El compromiso de un garante de pagar en virtud de la garantía no está sujeto a reclamaciones o excepciones derivadas de una relación distinta de la existente entre el garante y el beneficiario.
- b. La contragarantía es por su naturaleza independiente de la garantía, de la relación subyacente, de la solicitud y de cualquier otra contragarantía con la que esté relacionada, y el contraguarante no está afectado ni vinculado en forma alguna por dicha relación. Una referencia en la contragarantía a la relación subyacente con el propósito de identificarla no altera la naturaleza independiente de la contragarantía. El compromiso de un contraguarante de pagar en virtud de la contragarantía no está sujeto a reclamaciones o excepciones derivadas de una relación distinta de la existente entre el contraguarante y el garante o cualquier otro contraguarante a quien se emita la contragarantía.

Artículo 6

Documentos frente a mercancías, servicios o prestaciones

Los garantes tratan con documentos y no con las mercancías, servicios o prestaciones con los que los documentos puedan estar relacionados.

Artículo 7**Condiciones no documentarias**

Una garantía no deberá contener una condición, distinta de una fecha o la duración de un período, sin especificar un documento que deba evidenciar el cumplimiento de dicha condición. Si la garantía no especifica ese documento y el cumplimiento de la condición no puede ser establecido por los propios registros del garante o por un índice especificado en la garantía, el garante considerará tal condición como no establecida y no la tendrá en cuenta, excepto a efectos de determinar si los datos que puedan aparecer en un documento especificado y presentado al amparo de la garantía no contradicen los datos de la garantía.

Artículo 8**Contenido de las instrucciones y de la garantía**

Todas las instrucciones para la emisión de garantías y las propias garantías deben ser claras y precisas y evitar excesivos detalles. Se recomienda que todas las garantías especifiquen:

- a. el ordenante;
- b. el beneficiario;
- c. el garante;
- d. un número de referencia u otra información que identifique la relación subyacente;
- e. un número de referencia u otra información que identifique la garantía emitida o, en el caso de una contragarantía, la contragarantía emitida;
- f. el importe o el importe máximo pagadero y la moneda en la que sea pagadero;
- g. el vencimiento de la garantía;
- h. los términos para requerir el pago;
- i. si el requerimiento o cualquier otro documento debe ser presentado en papel y/o en formato electrónico;
- j. el idioma de cualquier documento especificado en la garantía; y
- k. la parte responsable del pago de cualquier cargo.

Artículo 9**Solicitud no aceptada**

Si en el momento de recepción de la solicitud, el garante no está dispuesto o no le es posible emitir la garantía, deberá informar de ello sin demora a la parte de la que recibió las instrucciones.

Artículo 10**Aviso de una garantía o de una modificación**

- a. La garantía puede notificarse al beneficiario por medio de una parte avisadora. Al notificar la garantía, ya sea directamente o utilizando los servicios de una parte distinta ("segunda parte avisadora"), la parte avisadora está indicando al beneficiario y, cuando sea aplicable, a la segunda parte avisadora, que ha establecido a su satisfacción la aparente autenticidad de la garantía y que la notificación refleja fielmente los términos y condiciones de la garantía tal como fue recibida por la parte avisadora.
- b. Al notificar la garantía, la segunda parte avisadora está indicando al beneficiario que ha establecido a su satisfacción la aparente autenticidad de la notificación que ha recibido y que la notificación refleja fielmente los términos y condiciones de la garantía tal como fue recibida por la segunda parte avisadora.
- c. La parte avisadora o la segunda parte avisadora notificarán una garantía sin compromiso u obligación adicional de ningún tipo frente al beneficiario.
- d. Si a una parte se le solicita que notifique una garantía o una modificación pero no está dispuesta o no le es posible hacerlo, deberá informar de ello sin demora a la parte de la que recibió la garantía, la modificación o la notificación.
- e. Si a una parte se le solicita que notifique una garantía y consiente en hacerlo, pero no puede establecer a su satisfacción la aparente autenticidad de la garantía o de la notificación, informará de ello sin demora a la parte de la que aparentemente recibió las instrucciones. Si no obstante la parte avisadora, o la segunda parte avisadora, decide notificar dicha garantía, informará al beneficiario o a la segunda parte avisadora de que no ha podido establecer a su satisfacción la aparente autenticidad de la garantía o de la notificación.
- f. Un garante que utilice los servicios de una parte avisadora o de una segunda parte avisadora, así como una parte avisado-

ra que utilice los servicios de una segunda parte avisadora para notificar una garantía, siempre que fuera posible, deberá utilizar a la misma parte para notificar cualquier modificación de la garantía.

Artículo 11

Modificaciones

- a. Si en el momento de recibir las instrucciones para la emisión de una modificación de una garantía, el garante, por cualquier razón, no está dispuesto o no le es posible emitir dicha modificación, el garante informará de ello sin demora a la parte de la que recibió las instrucciones.
- b. Una modificación efectuada sin el consentimiento del beneficiario no es vinculante para el beneficiario. Sin embargo, el garante queda obligado de manera irrevocable por una modificación desde el momento en que emite la modificación, excepto que el beneficiario la rechace y hasta el momento en que lo haga.
- c. Salvo que la modificación se haga según los términos de la garantía, el beneficiario puede rechazar una modificación de la garantía en cualquier momento en tanto no notifique su aceptación a la modificación o efectúe una presentación que sea conforme únicamente con la garantía modificada.
- d. La parte avisadora informará sin demora a la parte de la que recibió la modificación de cualquier notificación de aceptación o rechazo de la modificación por parte del beneficiario.
- e. La aceptación parcial de una modificación no está permitida y será considerada como una notificación de rechazo de la modificación.
- f. En una modificación, no se rendirá en cuenta una disposición que indique que la modificación tendrá efectos salvo que sea rechazada por el beneficiario en un plazo determinado.

Artículo 12

Alcance de las obligaciones del garante en una garantía

Un garante únicamente está obligado frente al beneficiario, en primer lugar por los términos y condiciones de la garantía, y en

segundo lugar por estas reglas en la medida en que no contradigan dichos términos y condiciones, y hasta el importe de la garantía.

Artículo 13

Variación del importe de la garantía

Una garantía puede estipular la reducción o el incremento de su importe en unas fechas determinadas, o cuando tenga lugar un determinado hecho que, según los términos de la garantía, resulte en una variación de su importe, para lo que se entenderá que el hecho ha tenido lugar solo:

- a. cuando se presente al garante el documento que según la garantía indica que el hecho ha tenido lugar, o
- b. si la garantía no especifica dicho documento, cuando se pueda determinar que el hecho ha tenido lugar por los propios registros del garante o por un índice especificado en la garantía.

Artículo 14

Presentación

- a. Una presentación se elevará al garante:
 - i. en el lugar de emisión, o en cualquier otro lugar que se especifique en la garantía, y
 - ii. en o antes del vencimiento.
- b. Una presentación tiene que ser completa salvo que indique que se completará posteriormente. En ese caso se completará antes del vencimiento.
- c. Cuando la garantía especifique que una presentación debe efectuarse en formato electrónico, la garantía debería especificar el formato, el sistema para la entrega de los datos y la dirección electrónica para su presentación. Si la garantía no lo especifica, un documento podrá ser presentado en cualquier formato electrónico que permita su autenticación o en papel. Un documento electrónico que no pueda ser autenticado se entenderá que no ha sido presentado.
- d. Cuando la garantía especifique que un documento debe ser presentado en papel mediante un determinado sistema de entrega pero no excluye de forma expresa el uso de otros

sistemas, el uso de otro sistema de entrega por parte del presentador será válido siempre que la presentación se reciba en el lugar y antes del momento indicados en el apartado (a) de este artículo.

e. Cuando la garantía no especifique si una presentación debe efectuarse en formato electrónico o en papel, cualquier presentación se efectuará en papel.

f. Toda presentación identificará la garantía en virtud de la que se efectúa, como puede ser mediante una mención al número de referencia del garante para esa garantía. Si no lo hace, el período para revisión indicado en el artículo 20 se iniciará en el momento en que se identifique. Nada de lo indicado en este párrafo podrá entenderse como una prórroga de la garantía o como una limitación a la condición de los apartados (a) y (b) del artículo 15 para que cualquier presentación separada de documentos deba también indicar el requerimiento con el que se relaciona.

g. Excepto cuando la garantía lo estipule de otra forma, los documentos emitidos por o por cuenta del ordenante o del beneficiario, incluyendo cualquier requerimiento o declaración de soporte, deberán estar en el idioma de la garantía. Los documentos emitidos por otras partes pueden estar en cualquier idioma.

Artículo 15

Condiciones del requerimiento

- Un requerimiento en virtud de una garantía debe ir acompañado de aquellos documentos que la garantía especifique, y en cualquier caso de una declaración del beneficiario indicando en qué aspecto el ordenante ha incumplido sus obligaciones respecto a la relación subyacente. Esta declaración puede formar parte del requerimiento o constituir un documento independiente y firmado que acompañe o identifique el requerimiento.
- Un requerimiento en virtud de una contragarantía debe ir acompañado en cualquier caso de una declaración de la parte a favor de quien se emitió la contragarantía, indicando que ha recibido un requerimiento conforme en virtud de la garantía o de la contragarantía emitida por dicha parte. Esta declaración puede formar parte del requerimiento o constituir un documento separado y firmado que acompañe o identifique el requerimiento.

c. La condición, en los apartados (a) y (b) de este artículo, relativa a la declaración de soporte será de aplicación excepto cuando la garantía o la contragarantía excluyan esa condición de forma expresa y en la medida en que la excluya. Expresiones destinadas a su exclusión como "se excluye la declaración de soporte indicada en los apartados (a) y (b) del artículo 15" cumplen los requisitos de este párrafo.

d. Ni el requerimiento ni la declaración de soporte pueden estar fechados con anterioridad al momento en que el beneficiario esté autorizado a presentar un requerimiento. Cualquier otro documento puede estar fechado con anterioridad. Ni el requerimiento ni la declaración de soporte ni ningún otro documento puede estar fechado con posterioridad al momento de su presentación.

Artículo 16

Información sobre el requerimiento

El garante informará sin demora a la parte instructora o, en su caso, al contragarante de cualquier requerimiento en virtud de la garantía y, como alternativa, de cualquier solicitud para prorrogar el vencimiento de la garantía. El contragarante informará sin demora a la parte instructora de cualquier requerimiento en virtud de la contragarantía y, como alternativa, de cualquier solicitud para prorrogar el vencimiento de la contragarantía.

Artículo 17

Requerimiento parcial y requerimientos múltiples. Importe de los requerimientos

- Un requerimiento puede efectuarse por un importe inferior al importe total disponible ("requerimiento parcial").
- Puede efectuarse más de un requerimiento ("requerimientos múltiples").
- La expresión "requerimientos múltiples prohibidos", o expresiones similares, significa que puede efectuarse un único requerimiento por la totalidad o por parte del importe disponible.
- Si la garantía especifica que sólo puede efectuarse un requerimiento, y ese requerimiento es rechazado, podrá efectuarse otro requerimiento hasta la fecha de vencimiento de la garantía.
- Un requerimiento no es conforme si:

- i. es por un importe superior al importe disponible en virtud de la garantía, o
- ii. cualquier declaración de soporte u otros documentos exigidos por la garantía indican importes cuya suma total sea inferior al importe requerido.

Por el contrario, una declaración de soporte u otro documento que indique un importe superior al importe requerido no convertirá ese requerimiento en un requerimiento no conforme.

Artículo 18

Independencia de los requerimientos

- a. Efectuar un requerimiento que no constituya requerimiento conforme o retirar un requerimiento presentado no significa una renuncia, ni condiciona de cualquier otra forma, al derecho a efectuar otro requerimiento antes del vencimiento, tanto si la garantía prohíbe los requerimientos parciales o múltiples como si no.

- b. El pago de un requerimiento que no constituya un requerimiento conforme no es una renuncia a la condición de que cualquier otro requerimiento deba ser un requerimiento conforme.

Artículo 19

Revisión

- a. El garante determinará, basándose únicamente en la presentación, si en apariencia constituye una presentación conforme.

- b. Los datos en un documento requerido en la garantía serán revisados en el contexto de ese documento, de la garantía y de estas reglas. No es necesario que los datos sean idénticos, pero no deben ser contradictorios con los datos en ese documento, en cualquier otro documento requerido o en la garantía.

- c. Si la garantía requiere la presentación de un documento sin especificar si debe ir firmado, quién lo debe emitir o firmar, o los datos que debe contener, entonces:

- i. el garante aceptará el documento tal y como le sea presentado, si su contenido aparentemente cumple la función del documento requerido por la garantía y además cumple con el artículo 19.b, y

- ii. si el documento está firmado, cualquier firma será aceptada sin que sea necesaria una indicación del nombre y capacidad del firmante.

- d. Si se presenta un documento no requerido en la garantía o contemplado en estas reglas no se tomará en cuenta y podrá ser devuelto al presentador.

- e. No es necesario que el garante efectúe nuevamente los cálculos realizados por el beneficiario producto de una fórmula indicada o referida en una garantía.

- f. El garante considerará que un requisito para que un documento sea legalizado, visado, certificado o similar queda satisfecho por medio de cualquier firma, marca, sello o etiqueta sobre ese documento que en apariencia satisfaga dicho requisito.

Artículo 20

Plazo para la revisión de un requerimiento. Pago

- a. Si la presentación de un requerimiento no indica que va a ser completada posteriormente, el garante, dentro de los cinco días hábiles contados a partir del día siguiente al de la presentación, deberá revisar dicho requerimiento y determinar si se trata de un requerimiento conforme. Este plazo no se verá reducido ni de otra forma afectado por el vencimiento de la garantía en o después de la fecha de presentación. Sin embargo, si la presentación indica que será completada posteriormente, no será necesario revisarla hasta que esté completa.

- b. Cuando determine que un requerimiento es conforme, el garante deberá pagar.

- c. El pago se realizará en la sucursal u oficina del garante o del contragarante que emitió la garantía o la contragarantía, o en otro lugar si así se indica en la garantía o en la contragarantía ("lugar de pago").

Artículo 21

Moneda de pago

- a. El garante pagará un requerimiento conforme en la moneda especificada en la garantía.

- b. Si en cualquier momento en el que tenga que efectuarse un pago en virtud de una garantía:

- i. el garante no puede efectuar el pago en la moneda especificada en la garantía por causas ajenas a su control, o
- ii. de acuerdo con la ley del lugar de pago, es ilegal efectuar el pago en la moneda especificada.

el garante efectuará el pago en la moneda del lugar de pago incluso cuando la garantía especifique que el pago sólo puede efectuarse en la moneda especificada en la garantía. La parte instructora o, en el caso de una contragarantía, el contragarante, quedarán comprometidos por un pago efectuado en dicha moneda. El garante o el contragarante pueden elegir entre ser reembolsados en la moneda en que se efectuó el pago o en la moneda especificada en la garantía o en la contragarantía, según sea el caso.

- c. Un pago o reembolso en la moneda del lugar de pago de acuerdo con el apartado (b) anterior será efectuado de acuerdo con el tipo de cambio aplicable en el lugar y fecha en que el pago o reembolso deba efectuarse. Sin embargo, cuando el garante no haya satisfecho el pago en la fecha en que deba efectuarse, el beneficiario puede requerir el pago de acuerdo con el tipo de cambio aplicable en la fecha en la que el pago debió efectuarse o con el aplicable en la fecha del pago.

Artículo 22

Transmisión de copias del requerimiento conforme

El garante transmitirá sin demora a la parte instructora o, cuando sea aplicable, al contragarante, para su transmisión a la parte instructora, copia del requerimiento conforme y de cualquier otro documento relacionado. Sin embargo, ni el contragarante ni la parte instructora, según sea el caso, podrán retener el pago o reembolso a la espera de dicha transmisión.

Artículo 23

Prórroga o pago

- a. Cuando un requerimiento conforme incluya como alternativa una solicitud de prórroga del vencimiento, el garante podrá suspender el pago por un período que no exceda los 30 días naturales contados a partir del día siguiente a la recepción (el requerimiento).
- b. Cuando, a continuación de dicha suspensión, el garante realice un requerimiento conforme en virtud de la contragarantía

que incluya como alternativa una solicitud de prórroga del vencimiento, el contragarante podrá suspender el pago por un período que no exceda el período por el que fue suspendido el pago del requerimiento en virtud de la garantía reducida en cuatro días naturales.

- c. El garante informará sin demora a la parte instructora o, en el caso de una contragarantía, al contragarante del período de suspensión de pago bajo la garantía. El contragarante informará a continuación a la parte instructora de dicha suspensión y de cualquier suspensión de pago bajo la contragarantía. El cumplimiento con este artículo satisface la obligación de información establecida en el artículo 16.

- d. El requerimiento de pago se considerará retirado cuando el período de prórroga solicitado en el requerimiento, o acordado de otra forma por la parte que hace el requerimiento, sea concedido dentro del plazo estipulado en los apartados (a) y (b) de este artículo. Si no se concede dicho período de prórroga, se pagará el requerimiento conforme sin necesidad de que sea presentado un nuevo requerimiento.

- e. El garante o el contragarante pueden rechazar el otorgamiento de una prórroga aun cuando reciban instrucciones en dicho sentido, y en consecuencia deberán pagar.

- f. El garante o el contragarante informarán sin demora a la parte de la que recibieron las instrucciones de su decisión de prorrogar en virtud del apartado (d) anterior o de pagar.

- g. El garante y el contragarante no asumen ninguna obligación por un pago suspendido de conformidad con este artículo.

Artículo 24

Requerimiento no conforme, renuncia y notificación

- a. Cuando el garante determine que un requerimiento al amparo de una garantía no es un requerimiento conforme, puede rechazar el requerimiento o dirigirse por iniciativa propia a la parte instructora, o en el caso de una contragarantía al contragarante, para obtener una renuncia a las discrepancias.

- b. Cuando el contragarante determine que un requerimiento al amparo de una contragarantía no es un requerimiento conforme, puede rechazar el requerimiento o dirigirse por iniciativa propia a la parte instructora para obtener una renuncia a las discrepancias.

- c. Nada de lo contenido en los apartados (a) y (b) de este artículo dará como resultado una ampliación del período mencionado en el artículo 20 ni eximirá del cumplimiento de las obligaciones del artículo 16. La obtención de la renuncia del contragarante o de la parte instructora no obliga al garante o al contragarante a renunciar a cualquier discrepancia.
- d. Cuando el garante rechace un requerimiento, deberá realizar a tal efecto una única notificación al presentador del requerimiento. La notificación deberá indicar:
 - i. que el garante rechaza el requerimiento, y
 - ii. cada discrepancia por la que el garante rechaza el requerimiento.
- e. La notificación requerida en el apartado (d) de este artículo será enviada sin demora no más tarde del cierre del quinto día hábil posterior a la fecha de presentación.
- f. Un garante que no actúe de acuerdo con los apartados (d) o (e) de este artículo perderá el derecho a alegar que el requerimiento, o cualquier documento relacionado, no constituye un requerimiento conforme.
- g. Tras efectuar la notificación requerida en el apartado (d) de este artículo, el garante puede en cualquier momento devolver al presentador cualquier documento presentado en papel y disponer de los registros electrónicos en la forma en que crea más conveniente, sin incurrir por ello en responsabilidad alguna por su parte.
- h. A los efectos de los apartados (d), (f) y (g) de este artículo, la palabra garante incluye contragarante.

Artículo 25

Reducción y terminación

- a. El importe pagadero al amparo de una garantía se verá reducido por cualquier importe:
 - i. pagado en virtud de la garantía,
 - ii. resultante de la aplicación del artículo 13, o
 - iii. indicado en la liberación parcial de responsabilidades, firmada por el beneficiario, en virtud de la garantía.
- b. Tanto si el documento de garantía es devuelto al garante

- como si no, la garantía terminará:
 - i. a su vencimiento,
 - ii. cuando no quede importe alguno pagadero en virtud de esa garantía, o
 - iii. a la presentación al garante de la liberación de responsabilidades, firmada por el beneficiario, en virtud de la garantía.
- c. Si la garantía o la contragarantía no mencionan una fecha o un hecho de vencimiento, la garantía terminará transcurridos tres años desde el momento de su emisión y la contragarantía terminará 30 días naturales después de la terminación de la garantía.
- d. Si la fecha de vencimiento de una garantía coincide con un día que no sea hábil en el lugar de presentación del requerimiento, la fecha de vencimiento se extenderá al primer día hábil siguiente en dicho lugar.
- e. Cuando llegue a conocimiento del garante que la garantía ha terminado como resultado de cualquiera de las causas indicadas en el apartado (b) anterior, distinta del vencimiento, el garante informará de ello sin demora a la parte instructora o, cuando sea aplicable, al contragarante, y en este caso el contragarante informará de ello a la parte instructora.

Artículo 26

Fuerza mayor

- a. En este artículo "fuerza mayor" significa catástrofes naturales, motines, disturbios, insurrecciones, guerras, actos terroristas o cualesquiera otras causas que estén fuera del control del garante o del contragarante, y que interrumpa su actividad en relación con actos sujetos a estas reglas.
- b. Si la garantía venciera en un momento en que la presentación o el pago en virtud de la garantía no fuera posible por causas de fuerza mayor:
 - i. la garantía y cualquier contragarantía serán prorrogadas por un período de 30 días naturales contados a partir de la fecha en que hubieran vencido, y el garante deberá informar tan pronto como le sea posible a la parte instructora, o en el caso de una contragarantía al contragarante, de la fuerza mayor y de la próroga, y el contragarante informará de ello a la parte instructora;

- ii. el cálculo del plazo para la revisión previsto en el artículo 20, de una presentación efectuada pero aún no revisada en el momento de la fuerza mayor, quedará en suspenso hasta el momento en que el garante reinicie sus actividades; y
- iii. un requerimiento conforme en virtud de una garantía, presentado antes de la fuerza mayor pero aún no pagado por causa de la fuerza mayor, será pagado en el momento en que desaparezca la fuerza mayor, incluso si la garantía ha vencido, y en este caso el garante tendrá derecho a presentar un requerimiento al amparo de la contragarantía dentro de los 30 días naturales siguientes a la desaparición de la fuerza mayor, incluso si la contragarantía ha vencido.
- c. Si la contragarantía venciera en un momento en que la presentación o el pago en virtud de la contragarantía no fuera posible por causa de fuerza mayor:
 - i. la contragarantía será prorrogada por un período de 30 días naturales contados a partir del día en que el contraguarante informe al garante de la desaparición de la fuerza mayor. El contraguarante informará a continuación a la parte instructora de la fuerza mayor y de la prórroga;
 - ii. el cálculo del plazo para la revisión previsto en el artículo 20, en una presentación efectuada pero aún no revisada en el momento de la fuerza mayor, quedará en suspenso hasta el momento en que el contraguarante reinicie sus actividades; y
 - iii. un requerimiento conforme en virtud de una contragarantía, presentado antes de la fuerza mayor pero aún no pagado por causa de la fuerza mayor, será pagado cuando desaparezca la fuerza mayor, incluso si la contragarantía ha vencido.
- d. La parte instructora quedará obligada por cualquier prórroga, suspensión o pago en virtud de este artículo.
- e. El garante y el contraguarante no asumen ninguna obligación adicional por las consecuencias derivadas de la fuerza mayor.

Artículo 27

Exoneración respecto a la efectividad de los documentos

El garante no asume ninguna obligación ni responsabilidad respecto a:

- a. la forma, suficiencia, exactitud, autenticidad, falsedad o valor legal de firma o documento alguno que le sea presentado;
- b. las declaraciones generales o particulares efectuadas o sobrepresas en cualquier documento que le sea presentado;
- c. la descripción, cantidad, peso, calidad, estado, empaque, entrega, valor o existencia de las mercancías, servicios u otras prestaciones o datos representados o referidos en cualquier documento que le sea presentado; o
- d. la buena fe, los actos, las omisiones, la solvencia, el cumplimiento de las obligaciones o la reputación de cualquier persona que emita o al que se haga referencia en cualquier otra capacidad en cualquier documento que le sea presentado.

Artículo 28

Exoneración respecto a la transmisión y la traducción

- a. El garante no asume ninguna obligación ni responsabilidad por las consecuencias del retraso, pérdida en tránsito, mutilación u otros errores que puedan resultar en la transmisión de cualquier documento, cuando ese documento sea transmitido o enviado de acuerdo con los requisitos establecidos en la garantía, o cuando el garante haya tomado la iniciativa en la elección del servicio de entrega en ausencia de instrucciones al respecto.
- b. El garante no asume ninguna obligación ni responsabilidad por errores en la traducción o interpretación de términos técnicos y puede transmitir el texto de la garantía en su totalidad o en parte sin traducciones.

Artículo 29

Exoneración respecto a los actos de un tercero

El garante que utilice los servicios de un tercero con objeto de dar cumplimiento a las instrucciones de la parte instructora o del contraguarante lo hace por cuenta y riesgo de esa parte instructora o de ese contraguarante.

Artículo 30

Límites de exoneración de responsabilidad

Los artículos 27 a 29 no exonerarán al garante de ninguna obligación ni responsabilidad por no actuar de buena fe.

Artículo 31**Indemnización por leyes y usos extranjeros**

La parte instructora o, en el caso de una contragarantía, el contragarante, indemnizarán al garante por todas sus obligaciones y responsabilidades impuestas por leyes y usos extranjeros, incluso cuando dichas leyes y usos extranjeros impongan condiciones a la garantía o a la contragarantía que invaliden las condiciones allí especificadas. La parte instructora indemnizará al contragarante que haya indemnizado al garante en virtud de este artículo.

Artículo 32**Responsabilidad por los cargos**

- a. La parte que da instrucciones a otra parte de prestar servicios en virtud de estas reglas es responsable del pago de los cargos de dicha parte derivados del cumplimiento de sus instrucciones.
- b. Si la garantía estipula que los cargos son por cuenta del beneficiario y estos cargos no pueden ser cobrados, la parte instructora será responsable del pago de dichos cargos. Si la contragarantía estipula que los cargos relativos a la garantía son por cuenta del beneficiario y estos cargos no pueden ser cobrados, el contragarante será responsable frente al garante, y la parte instructora frente al contragarante, del pago de dichos cargos.
- c. Ni el garante ni ninguna parte avisadora deberá estipular que la garantía, o cualquiera de sus avisos o modificaciones, está condicionada a la recepción de sus cargos por el garante o por cualquier parte avisadora.

Artículo 33**Transferencia y cesión del producto de la garantía**

- a. Una garantía es transferible únicamente cuando estipule de forma expresa que es "transferible", en cuyo caso podrá ser transferida más de una vez por la totalidad del importe disponible en el momento de la transferencia. Una contragarantía no es transferible.
- b. Aun cuando una garantía estipule de forma expresa que es transferible, el garante no estará obligado a atender una petición de transferencia de esa garantía con posterioridad a su emisión salvo dentro de los límites y en la forma expresamente consentidos por dicho garante.

- c. Una garantía transferible significa una garantía que puede ser puesta por el garante a disposición de un nuevo beneficiario (beneficiario de la transferencia) a petición del beneficiario en ese momento ("transferidor").

- d. Las siguientes disposiciones serán de aplicación a la transferencia de una garantía:

- i. una garantía transferida incluirá todas las modificaciones que el transferidor y el garante hayan acordado hasta el momento de la transferencia; y

- ii. además de cumplir con las condiciones especificadas en los apartados (a), (b) y (d.i) de este artículo, una garantía sólo podrá ser transferida cuando el transferidor haya proporcionado al garante una declaración firmada de que el beneficiario de la transferencia ha adquirido los derechos y obligaciones del transferidor en la relación subyacente.

- e. Salvo acuerdo en contrario en el momento de la transferencia, el transferidor pagará todos los cargos derivados de la transferencia.

- f. En una garantía transferida, el requerimiento y cualquier declaración de soporte deberán estar firmados por el beneficiario de la transferencia. Salvo que la garantía disponga lo contrario, el nombre y la firma del beneficiario de la transferencia podrán ser usados en cualquier otro documento en lugar del nombre y la firma del transferidor.

- g. Tanto si la garantía indica que es transferible como si no, y sujeto a las disposiciones de la ley aplicable:

- i. el beneficiario podrá ceder cualquier producto sobre el que pueda tener o pueda llegar a tener derecho en virtud de la garantía;
- ii. sin embargo, el garante no estará obligado a pagar a un cesionario de dicho producto salvo que haya manifestado su acuerdo.

Artículo 34**Ley aplicable**

- a. A menos que la garantía disponga lo contrario, se será aplicable la ley del lugar donde esté ubicada la sucursal u oficina del garante que emitió la garantía.
- b. A menos que la contragarantía disponga lo contrario, se será

aplicable la ley del lugar donde esté ubicada la sucursal u oficina del contraguarante que emitió la contragarantía.

Artículo 35

Jurisdicción

- a. A menos que la garantía disponga lo contrario, todo litigio entre el garante y el beneficiario relativo a la garantía será resuelto exclusivamente por el tribunal competente del país donde esté ubicada la sucursal u oficina del garante que emitió la garantía.
- b. A menos que la contragarantía disponga lo contrario, todo litigio entre el contraguarante y el garante relativo a la contragarantía será resuelto exclusivamente por el tribunal competente del país donde esté ubicada la sucursal u oficina del contraguarante que emitió la contragarantía.

APÉNDICES

Formulario de Garantía a Primer Requerimiento bajo las URDG 751¹

[Membrete del garante o código SWIFT]

A. [Inserte el nombre y la información de contacto del beneficiario]

Fecha: [Inserte la fecha de emisión]

TIPO DE GARANTÍA: [Especifique si se trata de garantía de licitación, garantía de pago anticipado, garantía de cumplimiento, garantía de pago, garantía de retención de pago, garantía de calidad, etc.]

GARANTÍA NUM. [Inserte el número de referencia de la garantía]

GARANTE: [Inserte el nombre y el domicilio de emisión, salvo que aparezca indicado en el membrete]

ORDENANTE: [Inserte nombre y dirección]

BENEFICIARIO: [Inserte nombre y dirección]

RELACIÓN SUBYACENTE: La obligación del ordenante en relación a. [Inserte el número de referencia u otra información que identifique el contrato, condiciones de la oferta o cualquier otra relación entre el ordenante y el beneficiario en los que se base la garantía]

MONEDA E IMPORTE DE LA GARANTÍA: [Inserte el importe máximo pagadero en cifras y en letras y la moneda en la que sea pagadero]

DOCUMENTOS SOLICITADOS EN APOYO DEL REQUERIMIENTO DE PAGO, DISTINTOS DE LA DECLARACIÓN DE SOPORTE EXPRESAMENTE REQUERIDA MÁS ABAJO: [Inserte cualquier documento adicional solicitado en apoyo del requerimiento de pago. Si la garantía no solicita más documentos que el requerimiento y la declaración de soporte, mantenga este espacio vacío o indique "ninguno"]

IDIOMA DE LOS DOCUMENTOS SOLICITADOS: [Inserte el idioma de cualquier documento solicitado. Los documentos que deban ser emitidos por el ordenante o el beneficiario

¹ Todas las referencias de garantía a primer requerimiento y de contragarantía, con los idiomas de los países de origen, se encuentran en las páginas siguientes se ofrecen como guía orientativa y no se refieren a las reglas.

deberán estar en el idioma de la garantía excepto que aquí se indique lo contrario)

- **FORMA DE PRESENTACIÓN:** [Inserte papel o formato electrónico. Si es papel, indique el modo de entrega. Si es electrónico, indique el formato, el sistema para la entrega de datos y la dirección electrónica para su presentación]
- **LUGAR DE PRESENTACIÓN:** [El garante deberá insertar la dirección de la sucursal donde deba efectuarse una presentación en papel o, en el caso de una presentación electrónica, una dirección electrónica como puede ser la dirección SWIFT del garante. Si en este apartado no se indica ningún lugar de presentación, el domicilio de emisión del garante indicado más arriba será considerado el lugar de presentación]
- **VENCIMIENTO:** [Inserte la fecha de vencimiento o describa el hecho de vencimiento]
- **PORTE RESPONSABLE DEL PAGO DE CUALQUIER CARGO:** [Inserte el nombre de la parte]

Como garante, por la presente nos comprometemos irrevocablemente a pagar al beneficiario cualquier importe hasta el importe de la garantía contra presentación del requerimiento conforme del beneficiario, en la forma de presentación indicada más arriba, acompañada de cualquier otro documento que haya sido detallado más arriba y en todo caso por la declaración del beneficiario, sea en el propio requerimiento o en un documento independiente y firmado que acompañe o identifique el requerimiento, indicando en qué aspecto el ordenante ha incumplido sus obligaciones en la relación subyacente.

Cualquier requerimiento en virtud de esta garantía deberá ser recibido por nosotros en o antes del vencimiento en el lugar de presentación indicado más arriba.

ESTA GARANTÍA ESTÁ SUJETA A LAS REGLAS UNIFORMES RELATIVAS A LAS GARANTÍAS A PRIMER REQUERIMIENTO (URDG), REVISIÓN 2010, PUBLICACIÓN 758 DE LA CCI.

FIRMAS)

cláusulas opcionales para insertar en el formulario de garantía a primer requerimiento

Momento desde el que puede presentarse un requerimiento cuando es distinto de la fecha de emisión:

Un requerimiento en virtud de esta garantía podrá ser presentado a partir de [indicar fecha o hecho, por ejemplo:

- El abono de [inserte moneda e importe exacto a recibir en concepto de pago anticipado] en la cuenta del ordenante [indique número de cuenta] que mantiene con el garante a condición de que el pago identifique la garantía con la que está relacionado;
- La recepción por el garante de [inserte moneda e importe exacto a recibir en concepto de pago anticipado] para su abono en la cuenta del ordenante [indique número de cuenta] que mantiene con el garante, a condición de que el pago identifique la garantía con la que está relacionado; o
- La presentación al garante de una declaración indicando [la liberación de la garantía de litigación] [la emisión de un crédito documentario de acuerdo con las siguientes condiciones: indique importe, parte emisora o confirmadora, y descripción de las mercancías/servicios] o [la entrada en vigor del contrato subyacente].

Cláusula de variación del importe:

- El importe de la garantía se **reducirá** en [inserte el porcentaje del importe de la garantía, o la moneda, y el importe exacto] contra [elijer una o varias de las siguientes opciones:
- Presentación al garante de los siguientes documentos: [inserte la relación de documentos];
- En caso de un índice especificado en la garantía de forma que ocasione una reducción [inserte el valor del índice que ocasionará la reducción en el importe de la garantía]; o

2 La cláusula sujeta de oportunidad/identidad en vigor, como la de la entrada que la precede inmediatamente, es utilizada con frecuencia en garantías de pago anticipado y de retención de pago. En ambos casos la cláusula especifica que la garantía no estará disponible para incumplimiento antes de que la cantidad a pagar por el beneficiario en base al contrato subyacente sea sujeta a fin de del ordenante. Hay tres formas de redactar esta cláusula: la primera, redactada en la primera entrada, consiste en "considerar la garantía, quedando sujeta a fin de del ordenante, a la presentación de la cuenta del ordenante. Esto significa que el beneficiario no puede recibir el pago de la garantía hasta que el ordenante presente la cuenta del ordenante. Esta cláusula de retención de pago se utiliza en la segunda entrada de la cláusula sujeta de oportunidad/identidad. La tercera forma de redactar esta cláusula es "considerar la garantía, quedando sujeta a fin de del ordenante, a la presentación de la cuenta del ordenante. Esto significa que el beneficiario no puede recibir el pago de la garantía hasta que el ordenante presente la cuenta del ordenante. Esta cláusula de retención de pago se utiliza en la tercera entrada de la cláusula sujeta de oportunidad/identidad. La cuarta forma de redactar esta cláusula es "considerar la garantía, quedando sujeta a fin de del ordenante, a la presentación de la cuenta del ordenante. Esto significa que el beneficiario no puede recibir el pago de la garantía hasta que el ordenante presente la cuenta del ordenante. Esta cláusula de retención de pago se utiliza en la cuarta entrada de la cláusula sujeta de oportunidad/identidad. La quinta forma de redactar esta cláusula es "considerar la garantía, quedando sujeta a fin de del ordenante, a la presentación de la cuenta del ordenante. Esto significa que el beneficiario no puede recibir el pago de la garantía hasta que el ordenante presente la cuenta del ordenante. Esta cláusula de retención de pago se utiliza en la quinta entrada de la cláusula sujeta de oportunidad/identidad. La sexta forma de redactar esta cláusula es "considerar la garantía, quedando sujeta a fin de del ordenante, a la presentación de la cuenta del ordenante. Esto significa que el beneficiario no puede recibir el pago de la garantía hasta que el ordenante presente la cuenta del ordenante. Esta cláusula de retención de pago se utiliza en la sexta entrada de la cláusula sujeta de oportunidad/identidad. La séptima forma de redactar esta cláusula es "considerar la garantía, quedando sujeta a fin de del ordenante, a la presentación de la cuenta del ordenante. Esto significa que el beneficiario no puede recibir el pago de la garantía hasta que el ordenante presente la cuenta del ordenante. Esta cláusula de retención de pago se utiliza en la séptima entrada de la cláusula sujeta de oportunidad/identidad. La octava forma de redactar esta cláusula es "considerar la garantía, quedando sujeta a fin de del ordenante, a la presentación de la cuenta del ordenante. Esto significa que el beneficiario no puede recibir el pago de la garantía hasta que el ordenante presente la cuenta del ordenante. Esta cláusula de retención de pago se utiliza en la octava entrada de la cláusula sujeta de oportunidad/identidad. La novena forma de redactar esta cláusula es "considerar la garantía, quedando sujeta a fin de del ordenante, a la presentación de la cuenta del ordenante. Esto significa que el beneficiario no puede recibir el pago de la garantía hasta que el ordenante presente la cuenta del ordenante. Esta cláusula de retención de pago se utiliza en la novena entrada de la cláusula sujeta de oportunidad/identidad. La décima forma de redactar esta cláusula es "considerar la garantía, quedando sujeta a fin de del ordenante, a la presentación de la cuenta del ordenante. Esto significa que el beneficiario no puede recibir el pago de la garantía hasta que el ordenante presente la cuenta del ordenante. Esta cláusula de retención de pago se utiliza en la décima entrada de la cláusula sujeta de oportunidad/identidad.

- (En el caso de una garantía de pago) [El pago de *[inserte la moneda y el importe exacto]* en la cuenta del beneficiario *[indique número de cuenta]* que mantiene con el garante, a condición de que el registro del pago permita al garante identificar la garantía con la que está relacionado (por ejemplo, aludiendo al número de referencia de la garantía).]
- ❖ El importe de la garantía se **incrementará** en *[inserte el porcentaje o la moneda y el importe exacto]* contra *[elija una o varias de las siguientes opciones]*:
 - Presentación al garante de los siguientes documentos: *[inserte la relación de documentos]*;
 - Presentación al garante de la declaración del ordenante manteniendo que el contrato subyacente ha sido modificado para aumentar el ámbito o el valor de las obras y especificando la moneda y el importe del nuevo valor; o
 - En caso de un índice especificado en la garantía de forma que ocasione un incremento *[inserte el valor del índice que ocasionará el incremento en el importe de la garantía]*;
- **Modelos de condición en relación con la declaración de soporte a presentar por el beneficiario según el artículo 15 (a).**
- ❖ En el caso de una **garantía de licitación**, la declaración de soporte podría indicar:
 - El ordenante;
 - Ha retirado su oferta durante el período de licitación; o
 - A pesar de haber resultado adjudicatario, el ordenante no ha firmado el contrato correspondiente a su oferta y/o ha dejado de presentar las garantías requeridas en las condiciones de licitación.
- ❖ En el caso de una **garantía de cumplimiento**, la declaración de soporte podría indicar:
 - El ordenante ha incumplido sus obligaciones en la relación subyacente debido a *[una entrega fuera de plazo]* (que la ejecución del contrato no se ha completado en la fecha prevista) (la cantidad de mercancía suministrada es inferior a la prevista por contrato) (las obras entregadas son defectuosas) etc.
- ❖ En el caso de una **garantía de pago**, la declaración de soporte podría indicar:
 - El ordenante ha incumplido su obligación contractual de pago.

- ❖ Las declaraciones de soporte solicitadas en **otros tipos de garantía** (pago anticipado, retención de pago, entrega, calidad, mantenimiento, etc.) deberían igualmente redactarse en forma genérica sin que fuera necesario para el beneficiario demostrar su reclamación, o aportar minuciosos detalles técnicos del incumplimiento, en ausencia de un requerimiento específico en la garantía.

Formulario de contragarantía a primer requerimiento bajo las URDG 758

[Membrete del contragarante o código SWIFT]

A: *[Inserte el nombre y la información de contacto del garante]*

Fecha: *[Inserte la fecha de emisión]*.

SÍRVANSE EMITIR BAJO NUESTRA RESPONSABILIDAD SU GARANTÍA A FAVOR DEL BENEFICIARIO SEGÚN EL SIGUIENTE TEXTO:

[Cite el siguiente formulario de garantía a primer requerimiento bajo las URDG 758, facilite breves detalles de la garantía o use su propio texto de garantía, según convenga]

Tipo de garantía: *[Especifique si se trata de garantía de licitación, garantía de pago anticipado, garantía de cumplimiento, garantía de pago, garantía de retención de pago, garantía de calidad, etc.]*

GARANTÍA NUM. *[El garante deberá insertar el número de referencia de la garantía]*

GARANTE: *[El garante deberá insertar el nombre y el domicilio de emisión, salvo que aparezca indicado más arriba en el lugar del destinatario]*

ORDENANTE: *[Inserte nombre y dirección]*

BENEFICIARIO: *[Inserte nombre y dirección]*

RELACIÓN SUBYACENTE: La obligación del ordenante en relación a *[inserte el número de referencia u otra información que identifique el contrato, condiciones de la oferta o cualquier otra relación entre el ordenante y el beneficiario en los que se base la garantía]*

- **MONEDA E IMPORTE DE LA GARANTÍA:** [Inserte en letras y en números el importe máximo pagadero y la moneda en la que sea pagadero]
- **DOCUMENTOS SOLICITADOS EN APOYO DEL REQUERIMIENTO DE PAGO, DISTINTOS DE LA DECLARACIÓN DE SOPORTE EXPRESAMENTE REQUERIDA MÁS ABAJO:** [Inserte cualquier documento adicional solicitado en apoyo del requerimiento de pago. Si la garantía no solicita más documentos que el requerimiento y la declaración de soporte, mantenga este espacio vacío o indique "ninguno"]
- **IDIOMA DE LOS DOCUMENTOS SOLICITADOS:** [Inserte el idioma de cualquier documento solicitado. Los documentos que deban ser emitidos por el ordenante o el beneficiario deberán estar en el idioma de la garantía excepto que aquí se indique lo contrario]
- **FORMA DE PRESENTACIÓN:** [Inserte papel o formato electrónico. Si es papel, indique el modo de entrega. Si es electrónico, indique el formato, el sistema para la entrega de datos y la dirección electrónica para su presentación]
- **LUGAR DE PRESENTACIÓN:** [El garante deberá insertar la dirección de la sucursal donde deba efectuarse una presentación en papel o, en el caso de una presentación electrónica, una dirección electrónica como puede ser la dirección SWIFT del garante. Si en este apartado no se indica ningún lugar de presentación, el domicilio de emisión del garante indicado más arriba será considerado el lugar de presentación]
- **VENCIMIENTO DE LA GARANTÍA:** [Inserte la fecha de vencimiento o describa el hecho de vencimiento]
- **PARTE RESPONSABLE DEL PAGO DE CUALQUIER CARGO:** [Inserte el nombre de la parte]

Como garante, por la presente nos comprometemos irrevocablemente a pagar al beneficiario cualquier importe hasta el importe de la garantía contra presentación del requerimiento conforme del beneficiario, en la forma de presentación indicada más arriba, acompañada de cualquier otro documento que haya sido detallado más arriba y en todo caso por la declaración del beneficiario, sea en el propio requerimiento o en un documento independiente y firmado que acompañe o identifique el requerimiento, indicando en qué aspecto el ordenante ha incumplido sus obligaciones en la relación subyacente.

Cualquier requerimiento en virtud de esta garantía deberá ser recibido por nosotros en o antes del vencimiento en el lugar de presentación indicado más arriba.

ESTA GARANTÍA ESTÁ SUJETA A LAS REGLAS UNIFORMES RELATIVAS A LAS GARANTÍAS A PRIMER REQUERIMIENTO (URDG), REVISIÓN 2010, PUBLICACIÓN 758 DE LA CCI.

[Fin de la cita]

Como contraguarante, por la presente nos comprometemos irrevocablemente a pagar al garante cualquier importe hasta el importe de la contragarantía indicado más abajo contra presentación del requerimiento conforme del garante, en la forma de presentación indicada más abajo, acompañada de la declaración del garante, sea en el propio requerimiento o en un documento independiente y firmado que acompañe o identifique el requerimiento, manifestando que el garante ha recibido un requerimiento conforme en virtud de la garantía.

Cualquier requerimiento en virtud de esta contragarantía deberá ser recibido por nosotros en o antes del vencimiento de esta contragarantía en el lugar de presentación indicado más abajo.

CONTRAGARANTÍA NÚM. [Inserte el número de referencia de la contragarantía]

CONTRAGARANTE: [Inserte el nombre y el domicilio de emisión, salvo que aparezca indicado en el membrete]

GARANTE: [Inserte el nombre y el domicilio del garante y el lugar de emisión de la garantía]

MONEDA E IMPORTE DE LA CONTRAGARANTÍA: [Inserte en letras y en números el importe máximo pagadero y la moneda en la que sea pagadero]

FORMA DE PRESENTACIÓN: [Inserte papel o formato electrónico. Si es papel, indique el modo de entrega. Si es electrónico, indique el formato, el sistema para la entrega de datos y la dirección electrónica para su presentación]

LUGAR DE PRESENTACIÓN: [El contraguarante deberá insertar la dirección de la sucursal donde deba efectuarse una presentación en papel o, en el caso de una presentación

GRUPO DE TRABAJO EN GARANTÍAS DE LA CCI

Términos de referencia

1. El Grupo de Trabajo en Garantías es un foro de la CCI para expertos que pretende poner ideas en común y dar forma a nueva políticas sobre aspectos prácticos relacionados con las garantías internacionales. Se crea para un periodo inicial de tres años que es automáticamente renovable por periodos iguales y sucesivos salvo que el Grupo de Trabajo en Garantías o la Comisión Bancaria de la CCI acuerden su disolución.
2. La participación en el Grupo de Trabajo en Garantías está abierta a los miembros de la CCI, incluidos los miembros de la Comisión Bancaria, de la Comisión de Derecho y Prácticas Mercantiles, y la Comisión de Seguros y Servicios Financieros. Quienes no sean miembros de la CCI pero representen organizaciones profesionales con experiencia relevante pueden solicitar asistir como observadores a las reuniones del Grupo de Trabajo en Garantías.
3. La misión principal del Grupo de Trabajo en Garantías es la de promover un mayor uso de las *Reglas uniformes relativas a las garantías a primer requerimiento* (URDG) en todos los sectores del comercio y en todo el mundo. Con el fin de alcanzar este objetivo, entre otras cosas, se organizarán o se participará de forma regular en seminarios y mesas redondas específicas, de carácter local, regional e internacional, junto a federaciones profesionales y organizaciones internacionales, al tiempo que se promueven publicaciones especializadas. De forma más genérica, el Grupo de Trabajo en Garantías hará un seguimiento de la práctica internacional en garantías, recogiendo decisiones judiciales y arbitrales, leyes y regulaciones nacionales, así como el trabajo de otras organizaciones regionales o internacionales en el área de las garantías.
4. El Grupo de Trabajo también tomará en consideración y propondrá a las correspondientes comisiones y comités de la CCI cualquier otro desarrollo que pueda ser comprendido por la CCI en el campo de las garantías.
5. El Grupo de Trabajo en Garantías prestará su apoyo al asesor técnico de la Comisión Bancaria de la CCI para dar respuesta a cualquier consulta relacionada con las URDG, así como en el desarrollo de la función encomendada al asesor técnico en las reglas DCC/FFX.

electrónica, una dirección electrónica como puede ser la dirección SWIFT del contraguarante. Si en este apartado no se indica ningún lugar de presentación, el domicilio de emisión del contraguarante indicado más arriba será considerado el lugar de presentación]

- **VENCIMIENTO DE LA CONTRAGARANTÍA:** [Inserir la fecha de vencimiento o describa el hecho de vencimiento. Tenga en cuenta que, para contemplar el tiempo de envío, el vencimiento de la contragarantía acostumbra a planificarse para que ocurra después del vencimiento de la garantía]

- **PARTE RESPONSABLE DEL PAGO DE CUALQUIER CARGO:** [Inserir el nombre de la parte, por lo general el contraguarante]

El garante deberá confirmar al contraguarante la emisión de la garantía.

ESTA CONTRAGARANTÍA ESTÁ SUJETA A LAS REGLAS UNIFORMES RELATIVAS A LAS GARANTÍAS A PRIMER REQUERIMIENTO (URDG), REVISIÓN 2010, PUBLICACIÓN 758 DE LA CCI.

FIRMA(S)

6. Si así se lo solicita una comisión o un comité de la CCI, o la Corte Internacional de Arbitraje, el Grupo de Trabajo en Garantías atenderá cualquier consulta relativa a garantías, incluyendo otras reglas de la CCI sobre garantías tales como las *Reglas uniformes relativas a garantías contractuales*, con el objeto de asegurar la coherencia en las posiciones de la CCI respecto a las prácticas relativas a distintos tipos de garantía, coordinar una promoción conjunta de todas las reglas de la CCI, y promover servicios en relación con las garantías.
7. El Grupo de Trabajo en Garantías informará regularmente de sus actividades a la Comisión Bancaria de la CCI y, cuando sea relevante o así se le requiera, a otras comisiones o comités de la CCI.
8. El Grupo de Trabajo en Garantías se reunirá como mínimo una vez al año y cuando sea convocado por el Presidente del Grupo de Trabajo en Garantías. No hay un número mínimo de participantes para que una reunión del Grupo de Trabajo sea considerada válida.
9. El secretariado de la Comisión Bancaria actuará también como secretariado del Grupo de Trabajo.

Miembros:

Georges Affaki (**Presidente**, Francia), Karin Bachmayer (Austria), Roeland Bertrams (Holanda), Rolf J. Breisig (Alemania), Maximilian Burger-Scheidlin (Austria), Mohammad M. Burjaq (Jordania), Carlo Calosso (Italia), Roger F. Carouge (Alemania), Gabriel Chami (Libano), Haluk Erdemol (Turquía), Thomas B. Felsberg (Brasil), Xavier Fort (España), Michel Gally (Francia), Sir Roy Goode (Reino Unido), Andrea Hauptmann (Austria), Khaled Kawan (Bahrán), György Lampert (Hungría), Fredrik Lundberg (Suecia), Robert Marchal (Bélgica), Mi Na (China), Antonio Máximo Nicoletti (Brasil), Eva Oszti-Miglecz (Hungría), Sae Woon Park (Corea), Christoph Martin Radtke (Francia), Natalia A. Ramiñh (Rusia), Glenn Ransier (Estados Unidos), Kate Richardson (Reino Unido), Zuzana Rolova (República Checa), Cristina Rooth (Suecia), Don Smith (Estados Unidos), Jeremy Smith (Reino Unido), Shri K.N. Suvarna (India), Pradeep Taneja (Bahrán), Farideh Yazdini (Irán), Piers Theodoret (Chile), Edward Verhey (Holanda), Antonella Zaraboni (Italia).

Observadores:

Wilko Gunster (CCI Holanda), Alison Mitchell (Banco Mundial), Jean-Jacques Verdeaux (Banco Mundial).

ICC Uniform Rules for Demand Guarantees

Including Model Forms

2010 REVISION

Implementation Date

July 1, 2010



International Chamber of Commerce
The world business organization